



mccarthy
tetrault

Faire des affaires au Canada

Explorer les possibilités
d'investissement et de croissance

mccarthy
tetrault

mccarthy
tetrault

Faire des affaires au Canada

Explorer les possibilités
d'investissement et de croissance

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
Canada	4
Structures organisationnelles	7
Lois en matière d'investissements étrangers et sécurité nationale	13
Aperçu général	14
Lois pertinentes	15
Confidentialité	16
Cible de la LIC : les investissements étrangers	16
Examen de l'avantage net pour le Canada	17
Examen relatif à la sécurité nationale	22
Droit de la concurrence	28
Réglementation relative aux fusionnements	29
Abus de position dominante	32
Infractions criminelles	33
Financement d'entreprise, fusions et acquisitions et capital-investissement	35
Financement d'entreprise	36
Fusions et acquisitions	40
Activisme des actionnaires	46
Capital-investissement	47
Prêts bancaires et autre capital d'emprunt	49
Imposition	53
Impôt sur le revenu	54
Exploitation d'une entreprise par l'intermédiaire d'une filiale canadienne	55
Exploitation d'une entreprise au Canada par l'intermédiaire d'une succursale	58
Mesures de contrôle des devises et rapatriement du revenu	59

Taxe de vente et autres taxes	61
Taxe sur les produits et services fédérale	62
Taxe de vente harmonisée	63
Taxe de vente provinciale	64
Cotisations sociales provinciales	64
Autres taxes	65
Fabrication et vente de produits de consommation	66
Règlements et normes de produits	67
Protection des consommateurs	69
Responsabilité du fait du produit	70
Droit des franchises	73
Aperçu	74
La législation sur les franchises au Canada	75
Droit immobilier	81
Régimes d'enregistrement foncier	82
Lois sur l'aménagement du territoire	83
Opinions sur les titres de propriété et assurance du droit de propriété	84
Évaluations environnementales	85
Propriété par des non-résidents	86
Législation relative aux produits de la criminalité et promoteurs immobiliers	88
Taxes sur le transfert de biens immobiliers au Canada	89
Droits de cession immobilière	90
Taxe fédérale sur les produits et services, taxe de vente provinciale et taxe de vente harmonisée	90
TVQ	91
Financement	91
Formes courantes de propriété	92
Instruments d'investissement courants pour les biens immobiliers au Canada	92

Entente de copropriété	93
Propriété condominiale	94
Prête-noms	94
Caisses de retraite	95
Infrastructures	96
Droit autochtone	102
Aperçu	103
Compétence législative à l'égard des Autochtones	104
Droits et intérêts des Autochtones	104
Traités	106
Consultation et accommodement	106
Ententes réussies avec les groupes autochtones	109
Projets sur des terres autochtones	110
Conclusions	111
Propriété intellectuelle	112
Brevets	113
Droit d'auteur	118
Marques de commerce	121
Noms de domaine	122
Dessins industriels	123
Autre propriété intellectuelle	124
Technologies de l'information	125
Contrôle des exportations de technologie	126
Protection du consommateur — Conventions électroniques	127
Lois sur la preuve	128
Lois sur le commerce électronique	129
Loi anti-pourriel	130
Logiciels anti-espion / témoins de connexion	131
Libelle sur Internet	131

Compétence	132
Droit criminel et rançongiciels	133
Intelligence artificielle (IA)	134
Langue	136
À l'extérieur du Québec	137
Au Québec	138
Droit d'être informés et servis en français	138
Obligations des employeurs en matière de langue	141
Immigration des gens d'affaires	144
Introduction	145
Travailler au Canada	145
Travail dispensé de permis de travail	146
Travail qui nécessite un permis de travail	149
Programme des travailleurs étrangers temporaires (PTET)	149
Programme de mobilité internationale (PMI)	151
Demande de permis de travail	154
Autres éléments à prendre en compte	155
Unité pour la mobilité internationale des travailleurs	155
Étudiants internationaux	156
Programmes spécifiques	157
Programmes propres à certains pays	158
Obligations des employeurs envers les étrangers	159
Résidents permanents	160
Interdiction de territoire	161
Conclusion	161
Commerce international et investissement	163
L'Organisation mondiale du commerce	164
L'Accord Canada–États-Unis–Mexique	165
L'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne	166

<i>L'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste</i>	168
Autres accords de libre-échange	168
Traités bilatéraux d'investissement	169
L'Accord de libre-échange canadien	170
Sanctions économiques	171
Contrôles des importations et des exportations de produits et technologies	173
<i>Loi sur la production de défense — Programme des marchandises contrôlées</i>	174
Mesures législatives anticorruption	174
Droits et taxes sur l'importation de produits	177
Autres exigences relatives aux marchandises importées	178
Recours commerciaux	180
Marchés publics de biens ou de services	181
Droit de l'emploi	183
Normes d'emploi	184
Relations de travail	187
Droits de la personne	188
Santé et sécurité au travail	189
Violence et harcèlement au travail	190
Normes d'accessibilité	191
Renseignements personnels	192
Prestations d'emploi	192
Lois sur la protection des renseignements personnels	194
Résumé	195
Loi fédérale sur la protection des renseignements personnels applicable au secteur privé – LPRPDE	196
Lois provinciales sur la protection des renseignements personnels	197
Québec	198

Principales tendances des lois canadiennes sur la protection des renseignements personnels	199
Lignes directrices pour les entreprises	202
Cas d'inobservation	204
Modifications en cours et avenir du régime canadien de protection des renseignements personnels	205
Réglementation environnementale	207
Règlement des différends	212
L'appareil judiciaire au Canada	213
Recours collectifs	214
Règlement extrajudiciaire des différends	215
Administration de la preuve électronique	216
Droit de la faillite et de la restructuration	218
Introduction	219
<i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI)</i>	219
Proposition en vertu de la LFI	222
<i>Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (LACC)</i>	224
Relations avec les gouvernements	229
Marchés public	237
Marchés publics du gouvernement fédéral	238
Marchés publics des gouvernements provinciaux et territoriaux	239
Marchés publics des administrations municipales	240
Accord économique et commercial global et Partenariat transpacifique	240
Approvisionnement en matière de défense et Programme des marchandises contrôlées	242
Formes de marchés publics	243
Le Régime d'intégrité	244
Contestation des offres et plaintes	247

Droit du cannabis	250
Licences	251
Produits infusés	251
Marque, emballage et étiquetage	252
Promotion	252
Fusions et acquisitions	255
Réglementation des valeurs mobilières	256
Rétrospective de l'année et perspectives	257

Profil de McCarthy Tétrault	259
Personnes-ressources chez McCarthy Tétrault	261

INTRODUCTION



INTRODUCTION

Pour réussir à fonder une entreprise ou à percer l'un des nombreux secteurs florissants du Canada, il faut disposer d'une expertise sectorielle approfondie et comprendre le contexte réglementaire fédéral et provincial, qui est unique en son genre. Pour ceux qui font leur entrée sur le marché canadien ou dans un nouveau secteur d'activité, des questions se posent inévitablement : quels sont les principaux éléments à prendre en compte au moment de planifier la création ou l'acquisition d'une entreprise au Canada? Quelles sont les occasions à saisir, et où se trouvent les éventuelles embûches?

Préparé par McCarthy Tétrault, le guide Faire des affaires au Canada décrit les aspects juridiques liés à la création ou à l'acquisition d'une entreprise au Canada. Il donne un aperçu général des lois et règlements canadiens les plus récents, et vise à aider les entreprises à réussir leur entrée sur le marché canadien. Le guide commence par un survol des systèmes politiques et juridiques canadiens, puis il aborde les sphères du droit les plus susceptibles d'influer sur vos décisions commerciales : les investissements étrangers, le commerce international, le financement des sociétés, les fusions et acquisitions, la concurrence, la fiscalité, la propriété intellectuelle, les biens immobiliers et d'autres sujets.

Chaque section du guide vise à donner des renseignements généraux et ne se veut pas une analyse exhaustive de toutes les dispositions pertinentes du droit canadien. C'est pour cette raison que nous vous recommandons de consulter un de nos avocats en ce qui a trait aux aspects juridiques particuliers de votre activité ou investissement projeté. Le cabinet McCarthy Tétrault compte des bureaux dans les principaux centres d'affaires du Canada et dispose de l'expertise nationale et des compétences pouvant vous aider à réaliser avec succès toute opération commerciale au Canada.



À moins d'indication contraire, l'information fournie dans la présente publication est en vigueur en date de juillet 2023.

Pour de plus amples renseignements ou pour toute question concernant ce guide, veuillez communiquer avec Shea Small, Karl Tabbakh, Matthew Cumming ou Patrick Shea.

MARCHÉ INTERNATIONAL

Shea Small

ssmall@mccarthy.ca

416-601-8425

Karl Tabbakh

ktabbakh@mccarthy.ca

514-397-2326

ÉTATS-UNIS

Matthew Cumming

mcumming@mccarthy.ca

646-940-8966

Patrick Shea

pshea@mccarthy.ca

514-397-4246

CANADA



CANADA

Le Canada est le deuxième plus grand pays au monde en superficie avec un territoire de près de 10 millions de kilomètres carrés. Sa population s'élève à plus de 37 millions d'habitants. La grande majorité de sa population vit à moins de 150 kilomètres de sa frontière sud avec les États-Unis, en grande partie dans le corridor très industrialisé qui s'étend de Windsor, en Ontario, à la ville de Québec, au Québec. Le Canada a deux langues officielles : l'anglais et le français. En tant que l'une des dix économies les plus vigoureuses des pays industrialisés, le Canada est membre du Groupe des sept (G7) pays les plus industrialisés au monde. À l'heure actuelle, environ 75 % des exportations du Canada se font vers les États-Unis, et moins de 5 % vers chacune des régions suivantes : l'Union européenne, le Royaume-Uni et la Chine. Le Canada est le plus grand importateur de biens et de services en provenance des États-Unis, ces importations comptant pour environ la moitié de toutes les importations canadiennes.

La Bourse de Toronto (TSX) et la Bourse de croissance TSX se classent au troisième rang des bourses nord-américaines et au neuvième rang des bourses mondiales en ce qui a trait à la capitalisation boursière. Un plus grand nombre d'actions de sociétés de ressources sont inscrites à la cote de la TSX qu'ailleurs dans le monde.

Le Canada est un État fédéral où le pouvoir est partagé entre un gouvernement national, dix gouvernements provinciaux et trois gouvernements territoriaux. La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux disposent d'un pouvoir législatif exclusif sur une liste détaillée de sujets et que le gouvernement fédéral détient un pouvoir général résiduel de légiférer dans les domaines qui ne sont pas exclusivement de compétence provinciale. Chacun des deux paliers de gouvernement du Canada a le pouvoir exclusif d'adopter des lois dans ses champs de compétence respectifs, sous réserve des restrictions prévues à la *Charte canadienne des droits et libertés* qui fait partie intégrante de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

**LE CANADA EST UN
ÉTAT FÉDÉRAL OÙ
LE POUVOIR EST
PARTAGÉ ENTRE UN
GOUVERNEMENT
NATIONAL, DIX
GOUVERNEMENTS
PROVINCIAUX
ET TROIS
GOUVERNEMENTS
TERRITORIAUX.**



L'autorité législative du gouvernement fédéral s'étend notamment à la réglementation des échanges et du commerce, aux banques et à la monnaie, à la faillite et à l'insolvabilité, à la propriété intellectuelle, au droit criminel et à la défense nationale, alors que les gouvernements provinciaux peuvent légiférer notamment en matière d'administration des biens meubles et immeubles, de droits civils, d'éducation, de santé et d'échange et commerce dans la province. Les provinces délèguent certains aspects de ces pouvoirs législatifs aux administrations municipales, qui adoptent leurs propres règlements.

Le Canada a hérité du régime parlementaire britannique qui est appliqué aux deux paliers de gouvernement. À l'échelon fédéral, le premier ministre du Canada est le chef du gouvernement et à l'échelon provincial, les premiers ministres provinciaux sont les chefs des gouvernements. Ils sont les leaders du parti politique majoritaire à la Chambre des communes ou aux assemblées législatives provinciales ou ont, à tout le moins, le soutien de la majorité des députés à la Chambre des communes ou des assemblées législatives provinciales.

Avant d'établir une nouvelle entreprise au Canada ou d'acquérir le contrôle d'une entreprise existante, il importe d'être au courant à la fois des lois fédérales et des lois en vigueur dans les provinces ou les territoires où l'on prévoit exploiter l'entreprise. Dans neuf des dix provinces et dans les trois territoires, les systèmes juridiques sont basés sur la common law. Au Québec, le système juridique est basé sur le droit civil. Aux fins du présent guide, nous porterons surtout notre attention sur les lois de la province de l'Ontario; toutefois, les lois et les programmes des autres provinces de common law sont semblables à ceux de l'Ontario. Nous aborderons aussi certaines lois de la province de Québec, en particulier à la section **Langue**. Les avocats des différents bureaux de McCarthy Tétrault seront heureux de passer en revue les lois et réglementations fédérales et provinciales, ainsi que les règlements municipaux qui s'appliquent à vos activités commerciales particulières.

Le Canada est également un pays où l'on retrouve une grande variété de peuples et de groupes autochtones, notamment les Premières Nations, les Inuits et les Métis. Les peuples autochtones sont présents dans tout le pays, en particulier sur les nombreux territoires traditionnels de leurs communautés dont la culture et les traditions distinctes influencent leurs interactions avec les institutions canadiennes. Notre chapitre sur le **droit autochtone** décrit les défis juridiques uniques qu'impliquent le travail avec les peuples autochtones et le respect de ces derniers.



STRUCTURES ORGANISATIONNELLES

Par Sven Milelli et Glynnis Morgan



STRUCTURES ORGANISATIONNELLES

Il existe une grande variété de structures juridiques possibles pour l'exploitation d'une entreprise au Canada. Les plus courantes sont la société par actions, la société en commandite, la société de personnes, la fiducie, la copropriété, la coentreprise et la société à responsabilité illimitée.

Le choix de la structure organisationnelle appropriée dépend de la situation de l'investisseur, de la nature des activités commerciales, du moyen de financement, de la fiscalité et des obligations pouvant découler des activités de l'entreprise.

En règle générale, l'une des premières questions auxquelles devra répondre l'entité étrangère qui envisage de faire des affaires au Canada sera de décider si l'entreprise fera directement des affaires au Canada à titre de succursale canadienne de la société mère ou en tant que personne morale distincte. Pour répondre à cette question, il faut prendre en considération les facteurs suivants :

- le traitement fiscal du revenu tiré d'une entreprise canadienne dans le pays d'origine de l'investisseur;
- l'opportunité de protéger l'actif de la société mère contre d'éventuelles obligations liées à l'entreprise canadienne;
- le nombre de propriétaires de l'entreprise canadienne;
- les critères d'accès aux programmes d'encouragement du gouvernement fédéral, des gouvernements provinciaux et des administrations municipales;
- les incidences fiscales canadiennes.

Une entité étrangère qui exploite une succursale au Canada doit être enregistrée dans chaque province ou territoire où l'entreprise exerce ses activités. Elle doit également effectuer auprès du gouvernement fédéral et des gouvernements provinciaux et territoriaux la plupart des déclarations et des dépôts auxquels sont tenues les sociétés canadiennes.

Parmi les structures organisationnelles mentionnées ci-dessus, la société par actions est la structure la plus souvent utilisée pour exercer



des activités commerciales au Canada. Contrairement à la société en commandite, à la société de personnes, à la fiducie, à la copropriété ou à la coentreprise, la société par actions est une entité juridique distincte de ses propriétaires. Les actionnaires ne possèdent pas l'actif, et les droits et obligations de la société. La responsabilité des actionnaires se limite généralement à la valeur des actifs qu'ils ont investis dans la société par actions pour acquérir leur participation. Outre les avantages de la responsabilité limitée, les actions et les titres de créance sont généralement plus faciles à négocier. Par conséquent, ces placements sont souvent perçus comme étant plus attrayants que les parts des sociétés de personnes et de coentreprises. Dans certains cas, la constitution d'une société par actions peut également présenter des avantages fiscaux.

LES ACTIONS (ET LES TITRES DE CRÉANCE) DE SOCIÉTÉS SONT SOUVENT PERÇUES COMME DES INVESTISSEMENTS PLUS ATTRAYANTS QUE LES PARTS DE SOCIÉTÉS DE PERSONNES ET DE COENTREPRISES.

Contrairement à une société par actions, une société de personnes n'est pas une entité juridique distincte, mais consiste plutôt en une relation établie entre des parties qui exploitent une entreprise en commun, dans un but lucratif. Les associés se partagent les bénéfices, les pertes et le produit net en cas de dissolution. La société de personnes a pour principal avantage de permettre en général que les pertes soient imputées aux associés, ces pertes pouvant, sous réserve de certaines règles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada), être déduites des autres revenus des associés. À l'opposé, le principal inconvénient que présente une société de personnes est que chacun des associés est personnellement responsable des dettes de la société, l'actif personnel de chacun étant ainsi exposé dans le cas où l'actif de la société de personnes ne serait pas suffisant pour acquitter ces dettes. Le risque de responsabilité d'un associé peut être réduit au minimum s'il s'agit d'une société en commandite plutôt qu'une société de personnes. Dans le cas d'une société en commandite, la responsabilité du commanditaire se limite à son investissement dans la société en commandite aussi longtemps que son rôle dans les activités et la gouvernance de la société en commandite demeure passif.

Dans chaque cas, le choix de la structure organisationnelle la plus appropriée pour faire des affaires au Canada dépend entièrement de facteurs individuels.



Si votre choix s'arrête sur la société par actions, vous devrez prendre en considération le régime sous lequel vous constituerez la société. Certaines activités commerciales (p. ex. les services bancaires) relèvent expressément de la compétence soit fédérale soit provinciale et vous obligent à constituer la société en vertu d'une loi particulière. Cependant, les sociétés qui ne sont pas expressément assujetties à ces lois peuvent être constituées en vertu de lois fédérales du Canada ou des lois de n'importe quel territoire ou province.

La principale loi fédérale régissant les sociétés est la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (LCSA) qui s'inspire des lois modernes sur les sociétés en vigueur aux États-Unis. La plupart des provinces et territoires canadiens ont adopté leurs propres lois sur les sociétés, très similaires à la LCSA. De légères différences distinguent les lois sur les sociétés fédérales de celles des provinces et des territoires, ce qui peut influencer le choix du régime selon les situations particulières.

**DE LÉGÈRES
DIFFÉRENCES
DISTINGUENT
LES LOIS SUR LES
SOCIÉTÉS FÉDÉRALES
DE CELLES DES
PROVINCES, CE QUI
PEUT INFLUENCER
LE CHOIX DU
RÉGIME SELON
LES SITUATIONS
PARTICULIÈRES.**

L'investisseur étranger devra tenir compte des caractéristiques suivantes des lois canadiennes relatives aux sociétés par actions :

- Aux termes de la LCSA, au moins 25 % des administrateurs d'une société canadienne doivent résider au Canada (c.-à-d. être des résidents du Canada qui sont citoyens canadiens ou résidents permanents du Canada). Les sociétés constituées en vertu de la législation de la plupart des provinces et territoires ne sont soumises à aucune obligation de résidence pour leurs administrateurs, seules quelques provinces imposent des exigences similaires à celles de la LCSA.
- Le conseil d'administration d'une société privée canadienne doit être composé d'au moins une personne, mais peut compter un nombre illimité d'administrateurs.
- Chaque administrateur doit être une personne physique et un administrateur ne peut, dans la plupart des cas, nommer un remplaçant pour assumer son rôle à sa place.



- Les administrateurs se voient généralement imposer certaines responsabilités et obligations en vertu des lois sur les sociétés ainsi qu'en vertu de certaines autres lois fédérales et provinciales, notamment celles relatives à l'environnement, à l'impôt, aux valeurs mobilières, aux pensions et à l'emploi.
- Les actionnaires d'une société canadienne peuvent, dans la plupart des cas, conclure une « convention unanime des actionnaires » afin de limiter les pouvoirs du conseil d'administration. Dans la mesure où les pouvoirs des administrateurs sont ainsi limités, les responsabilités et obligations des administrateurs seront habituellement transférées aux actionnaires.
- La société peut avoir un actionnaire unique, et les administrateurs ne sont pas obligés de détenir des actions de la société.
- La loi accorde aux actionnaires minoritaires d'une société canadienne des droits et recours importants, et l'élimination des actionnaires minoritaires peut souvent s'avérer difficile et coûteuse.
- Le conseil d'administration d'une société canadienne doit approuver les états financiers de la société une fois par année et les présenter aux actionnaires de la société.
- En règle générale, les sociétés canadiennes ne sont pas tenues de déposer leurs états financiers auprès d'un organisme public, sauf dans le cas des sociétés ouvertes.
- L'obligation de faire vérifier les états financiers de la société varie en fonction du territoire de compétence et les actionnaires peuvent généralement consentir à dispenser la société de cette obligation de vérification, sauf dans le cas des sociétés ouvertes.
- L'identité des actionnaires d'une société canadienne n'est généralement pas du domaine public. Toutefois, les sociétés privées régies par la LCSA et la législation applicable aux sociétés en Colombie-Britannique sont tenues de tenir un registre des personnes qui, directement ou indirectement, exercent un contrôle significatif sur la société. L'accès à ces registres est limité à certaines personnes et autorités qui en font la demande, et l'information ne peut être utilisée qu'à des fins précises. Plusieurs autres gouvernements provinciaux et territoriaux ont accepté d'introduire des exigences de tenue de registres similaires à celles de la LCSA.

- Les réunions du conseil d'administration et, dans certains cas, les assemblées d'actionnaires d'une société canadienne peuvent se tenir à l'extérieur du Canada.
- Les résolutions des administrateurs ou des actionnaires peuvent être adoptées au moyen d'un instrument écrit signé par tous les administrateurs ou actionnaires, selon le cas, au lieu d'être adoptées dans le cadre d'une réunion ou d'une assemblée.
- Les livres et registres que la société canadienne doit tenir en vertu de la loi, y compris ceux tenus sous forme électronique, doivent être conservés dans la province ou le territoire où la société est constituée, ou enregistrée dans le cas d'une société régie par la LCSA.

Les entreprises américaines qui s'établissent au Canada peuvent choisir, dans certains cas, la société à responsabilité illimitée (SRI) comme véhicule pour leurs activités commerciales au Canada, en raison du traitement favorable dont nous croyons que peuvent bénéficier ces sociétés en tant qu'entités « intermédiaires » aux termes des lois fiscales américaines. Un avis devrait être obtenu auprès des conseillers américains à cet égard.

De plus, certaines règles anti-entités hybrides de la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu* (1980), également appelée la « Convention conclue avec les États-Unis », devraient être prises en considération puisque dans des cas particuliers, en l'absence d'une planification fiscale appropriée, elles peuvent éliminer les avantages fiscaux associés à de telles entités ou entraîner des conséquences fiscales défavorables. Voir la section **Imposition**.

**POUR EN SAVOIR PLUS,
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC L'UNE DES PERSONNES SUIVANTES :**

Sven Milelli

smilelli@mccarthy.ca

604-643-7125

Glynnis Morgan

gmorgan@mccarthy.ca

604-643-5977





LOIS EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS ET SÉCURITÉ NATIONALE

Aperçu général	14
Lois pertinentes	15
Confidentialité	16
Cible de la LIC : les investissements étrangers	16
Examen de l'avantage net pour le Canada	17
Examen relatif à la sécurité nationale	22

Par Mike Caldecott et Will Rooney

LOIS EN MATIÈRE D'INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS ET SÉCURITÉ NATIONALE

Aperçu général

Au Canada, c'est la *Loi sur Investissement Canada* (LIC) qui régit l'examen des investissements étrangers. Celle-ci prévoit deux régimes distincts : i) l'examen d'investissements précis du point de vue économique ou culturel (le « régime de l'avantage net »), qui consiste en un examen obligatoire et suspensif des investissements qui dépassent certains seuils financiers prescrits. Un investissement qui ne dépasse pas ces seuils peut tout de même faire l'objet d'une exigence d'avis dans le cadre du régime de l'avantage net; et ii) l'examen relatif à la sécurité nationale.

Le régime de l'avantage net de la LIC s'applique chaque fois qu'un investisseur non canadien : i) prend le contrôle d'une entreprise canadienne; ou ii) constitue une nouvelle entreprise canadienne. Le régime de la sécurité nationale, quant à lui, s'applique à tout investissement (y compris les investissements minoritaires) dans des unités exploitées en tout ou en partie au Canada.

Les dispositions de la LIC relatives à l'avantage net peuvent entraîner la suspension de certains investissements faits par des non-Canadiens dans des entreprises canadiennes, lorsqu'ils dépassent des seuils précis. Ces seuils varient en fonction de l'identité de l'investisseur et du fait que l'entreprise canadienne visée se livre à des activités culturelles mentionnées dans la LIC (dans ce dernier cas, les seuils applicables sont beaucoup plus bas).

Lorsqu'un investissement visé ne fait pas l'objet d'un examen de son avantage net entraînant sa suspension, l'investisseur doit présenter un **avis d'investissement**, qui s'applique à toute acquisition directe ou indirecte du contrôle d'une entreprise canadienne (et à la constitution d'une nouvelle entreprise canadienne). Ce processus exige de remplir un formulaire assez court, soit avant l'opération, soit dans les 30 jours suivants sa conclusion.

LA LIC PRÉVOIT DEUX RÉGIMES D'APPLICATION :
I) L'EXAMEN D'INVESTISSEMENTS PRÉCIS POUR VÉRIFIER QU'ILS SONT À L'AVANTAGE NET DU CANADA ET
II) L'EXAMEN RELATIF À LA SÉCURITÉ NATIONALE.



Les dispositions de la LIC en matière de **sécurité nationale** ont une portée plus large. La LIC accorde au gouvernement du Canada le pouvoir d'examiner tout investissement en actions ou en actifs d'une société non canadienne (y compris les participations sans contrôle) dans une unité canadienne pour vérifier s'il porte atteinte à la sécurité nationale. Le gouvernement peut approuver (avec ou sans condition), bloquer ou annuler ces opérations. Les dispositions de la LIC sur la sécurité nationale s'appliquent aux acquisitions d'unités qui ne constituent pas des « entreprises canadiennes » et à la plupart des réorganisations d'entreprise (même s'il n'y a pas de changement de contrôle).

Il est important de noter que les investissements par des investisseurs que le gouvernement du Canada estime être des sociétés d'État (SE) étrangères, ainsi que ceux faits à l'égard d'unités actives au Canada dont l'exploitation concerne certains secteurs plus sensibles reçoivent une attention particulière en vertu de la LIC et des documents de politique connexes.

Les modifications législatives concernant le régime relatif à la sécurité nationale de la LIC, déposées au Parlement fédéral, pourraient changer de nombreux aspects du régime actuel. Ces éventuelles modifications, dont l'adoption n'est pas prévue avant le premier trimestre de 2024, sont abordées plus en détail ci-dessous.

Lois pertinentes

La LIC est la seule loi fédérale sur les investissements étrangers d'application générale au Canada. Elle est soutenue par deux ensembles de dispositions réglementaires pertinents : le *Règlement sur Investissement Canada* (DORS/85-611) et le *Règlement sur les investissements susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale* (DORS/2009-271).

Certaines dispositions législatives complètent le cadre de la LIC pour restreindre la propriété et l'investissement étranger dans des secteurs précis, dont les services financiers, le transport aérien, la radiodiffusion et les télécommunications. Il existe aussi des obstacles à l'investissement étranger dans les secteurs des médias (y compris l'industrie cinématographique) et de l'édition.

La *Loi sur la concurrence* (Canada) régit également de manière distincte les investissements ayant un lien avec le Canada. L'observation des

dispositions de la LIC n'empêche pas l'examen ou la prise de mesures de la part du Bureau de la concurrence du Canada en vertu des dispositions relatives aux fusionnements de la *Loi sur la concurrence*. Voir la section **Droit de la concurrence**. De plus, les investissements dans des entreprises de transport soulevant des questions d'intérêt public et dépassant les seuils de préavis de fusionnement de la *Loi sur la concurrence* peuvent aussi faire l'objet de l'examen préalable prévu par la *Loi sur les transports au Canada*.

Confidentialité

Les renseignements fournis en vertu de la LIC sont considérés comme confidentiels et, sous réserve d'exceptions limitées, ne sont pas divulgués au public. Ces renseignements sont protégés contre les demandes présentées en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*.

Les renseignements fournis par un investisseur peuvent néanmoins être communiqués à d'autres organismes d'enquête canadiens. Toutefois, de façon générale, les renseignements fournis dans le contexte de l'examen d'un investissement sont à l'abri de toute divulgation à d'autres organismes gouvernementaux, à moins que la divulgation ne soit nécessaire pour l'application et l'exécution de la LIC.

Dans le contexte d'un examen relatif à la sécurité nationale, le gouvernement peut les communiquer aux organismes d'enquête visés par règlement, ceux-ci pouvant eux-mêmes les communiquer à d'autres organismes aux fins de leur enquête. Le gouvernement communique également des renseignements à des organismes étrangers qui mènent des enquêtes semblables relatives à la sécurité nationale. Une telle coopération a habituellement lieu avec les proches alliés du Canada (p. ex., les pays du « Groupe des cinq »).

Cible de la LIC : les investissements étrangers

La LIC ne s'applique qu'aux investissements proposés ou réalisés par des non-Canadiens. Si l'investisseur qui exerce le contrôle ultime est un Canadien, la LIC ne s'applique pas. Un « Canadien » s'entend : i) d'un citoyen canadien ou d'un résident permanent du Canada; ii) du gouvernement canadien (y compris les organismes publics et les administrations provinciales ou locales); ou iii) d'une unité sous contrôle canadien (selon la nationalité de la ou des personnes qui exercent le contrôle ultime de l'investisseur).

Examen de l'avantage net pour le Canada

Application : acquisition du contrôle d'une entreprise culturelle canadienne

Comme mentionné ci-dessus, certains investissements qui atteignent des seuils prescrits font l'objet d'un examen obligatoire et suspensif en vertu du régime de l'avantage net. Ce régime vise les acquisitions du contrôle d'une entreprise canadienne.

Une **acquisition**, toujours par un non-Canadien, peut survenir de l'une des trois manières suivantes : a) l'acquisition d'actions avec droit de vote d'une personne morale constituée au Canada; b) l'acquisition d'intérêts avec droit de vote d'une société sans capital-actions, d'une société de personnes, d'une fiducie ou d'une coentreprise qui exploite l'entreprise; ou c) l'acquisition de la quasi-totalité des actifs d'exploitation de l'entreprise.

Une **entreprise canadienne** s'entend d'une entreprise exploitée au Canada qui : a) possède un établissement au Canada; b) emploie au Canada des personnes qui travaillent contre rémunération dans le cadre de son exploitation; et c) dispose d'actifs au Canada pour son exploitation.

Examen sans rapport avec la perspective culturelle

En cas d'atteinte de certains seuils financiers, les prises de contrôle directes d'une entreprise canadienne qui n'est pas une entreprise culturelle (au sens donné dans la prochaine section) font l'objet d'un examen pour déterminer si l'opération est à l'avantage net du Canada. Le ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie doit approuver de telles opérations avant qu'elles puissent être conclues. Les acquisitions d'entreprises canadiennes non culturelles, de leur côté, ne doivent faire l'objet que d'un avis d'investissement, lequel peut être présenté avant leur conclusion ou dans les 30 jours qui la suivent.

Le seuil qui déclenche l'examen de l'acquisition d'une entreprise canadienne non culturelle dépend de l'identité de l'investisseur. Le seuil d'un « investisseur (traité commercial) » (une personne ou une unité des pays avec lesquels le Canada a signé des accords commerciaux précis) est plus élevé que celui d'un « investisseur OMC » (une personne ou une unité d'un pays membre de l'Organisation mondiale du commerce, autre que le Canada). Ces seuils, calculés au moyen des valeurs comptables se fondant sur les derniers états financiers audités, sont les suivants :

- 1,931 G\$ CA (2023) en valeur d'affaire de la société cible lorsque l'acquéreur ou la cible est un « investisseur (traité commercial) » n'appartenant pas à l'État;
- 1,287 G\$ CA (2023) en valeur d'affaire de la société cible lorsque l'acquéreur ou la cible n'appartenant pas à l'État fait l'objet d'un contrôle dans d'autres pays membres de l'OMC (par exemple, des investisseurs contrôlés en Chine).

LE SEUIL DE L'EXAMEN
DE L'« AVANTAGE
NET » CHANGE SI
L'INVESTISSEUR EST
UNE SOCIÉTÉ D'ÉTAT.

Le seuil de l'examen de l'« avantage net » change si l'investisseur est une SE. Les investissements par des unités dont le contrôle ultime est exercé par une SE font l'objet d'un examen lorsque la valeur comptable des actifs de l'entreprise canadienne s'établit à 512 M\$ CA (2023) ou à davantage.

La définition de ce qui constitue une SE au sens de la LIC est large. Elle comprend une unité contrôlée ou influencée, directement ou indirectement, par un gouvernement ou un organisme d'un État étranger. En plus de cette définition flexible, le ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie dispose du pouvoir de déterminer rétroactivement qu'une unité est contrôlée en fait par une SE, de même que de déterminer rétroactivement s'il y a eu acquisition du contrôle de fait par une SE.

Examen du point de vue culturel

La LIC prévoit un régime d'examen de l'avantage net semblable pour les investissements qui concernent des entreprises en lien avec le « patrimoine culturel ou l'identité nationale » du Canada. Cela comprend la publication de livres, de revues et de journaux, la production et la distribution de films, la production et la distribution de musique, et les activités de télédiffusion et de radiodiffusion. Le gouvernement canadien a donné à ce terme une interprétation large, pour y inclure d'autres activités analogues non mentionnées dans la liste, comme les jeux vidéo, la présentation de contenu vidéo dans les médias en ligne et d'autres activités numériques.

L'examen d'une entreprise culturelle se distingue de l'examen de l'avantage net sans rapport avec la perspective culturelle par une portée plus large et des seuils plus bas. Lorsqu'un non-Canadien cherche à

prendre le contrôle d'une entreprise culturelle canadienne, directement ou indirectement, l'examen et l'approbation de la ministre du Patrimoine canadien sont nécessaires si les seuils suivants (calculés au moyen des valeurs comptables se fondant sur les derniers états financiers audités) sont atteints :

- lorsqu'il y a acquisition directe du contrôle d'une entreprise culturelle canadienne (c.-à-d. que l'unité cible qui réalise l'opération est domiciliée au Canada), la valeur comptable des actifs de l'entreprise canadienne s'établit à 5 M\$ CA ou plus;
- lorsqu'il y a acquisition indirecte du contrôle d'une entreprise canadienne, si : i) l'entreprise canadienne a des actifs d'une valeur de 50 M\$ CA ou plus, ou ii) l'entreprise canadienne représente plus de 50 % des actifs du groupe d'unités acquises et elle a des actifs d'une valeur de 5 M\$ CA ou plus.

Les acquisitions directes d'une entreprise culturelle dépassant le seuil applicable doivent être examinées et approuvées avant leur conclusion. En ce qui concerne les acquisitions indirectes, l'examen peut être réalisé et l'approbation peut être obtenue après leur conclusion.

Il faut souligner que même si l'acquisition ou l'établissement d'une entreprise culturelle ne rend pas applicable le seuil d'examen, le Cabinet fédéral peut néanmoins ordonner un examen s'il l'estime dans l'intérêt public.

Procédure et examen approfondi

Lorsqu'un investissement est assujéti à un examen de son avantage net pour le Canada, l'investisseur doit présenter une demande d'examen au ministre approprié (pour une entreprise culturelle, la ministre du Patrimoine canadien et pour les autres entreprises, le ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie). Cette demande comprend deux éléments de base :

- des renseignements de base compris dans le formulaire de demande (information générale sur l'investisseur, son contrôlant ultime et l'entreprise canadienne acquise); et
- une description détaillée des projets pour l'entreprise canadienne après la fusion, couvrant des sujets pertinents pour les intérêts économiques du Canada, notamment : l'emploi, la participation canadienne dans la gestion, la présence de l'entreprise au Canada, l'investissement continu dans l'entreprise canadienne et la R-D.

Habituellement, la description des projets doit faire état du rendement historique de l'entreprise canadienne et le présenter comme point de référence au ministre approprié, aux fins d'évaluer la proposition de l'investisseur.

Pour obtenir l'approbation dans le cadre du régime de l'examen de l'avantage net, le ministre concerné doit être d'avis, ou réputé être d'avis, que l'investissement « sera vraisemblablement à l'avantage net du Canada ».

Pour déterminer en quoi consiste « l'avantage net du Canada », le ministre concerné doit tenir compte de ce qui suit :

- l'effet de l'investissement sur le niveau et la nature de l'activité économique au Canada;
- l'étendue et l'importance de la participation de Canadiens dans l'entreprise canadienne et le secteur d'activité dont elle fait partie;
- 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;
- l'effet de l'investissement sur la concurrence dans un ou plusieurs secteurs d'activité au Canada;
- la compatibilité de l'investissement avec les politiques nationales en matière industrielle, économique et culturelle; et
- la contribution de l'investissement à la compétitivité canadienne sur les marchés mondiaux.

Dans le contexte de l'examen de l'investissement du point de vue culturel, le ministre concerné doit tenir compte de la mission du ministère du Patrimoine canadien de promouvoir le contenu canadien dans divers médias.

Dans les cas où un examen de l'avantage net est exigé, le ministre concerné peut déterminer si l'investissement sera vraisemblablement à l'avantage net du Canada ou non jusqu'à 45 jours après la réception de la demande remplie. Il a la possibilité d'étendre le délai de son examen de 30 jours civils, et c'est ce qu'il fait habituellement. D'autres prorogations surviennent très souvent, avec l'accord de l'investisseur.

Pour cette raison, les délais des examens de l'avantage net pour le Canada peuvent être longs. En 2021-2022 (la plus récente année pour laquelle les données étaient disponibles), huit entreprises non culturelles

ont fait l'objet d'un examen. Le temps d'évaluation moyen a été de 88 jours. En 2019-2020 (la plus récente année pour laquelle les données étaient disponibles), cinq investissements culturels ont fait l'objet d'un examen automatique par le ministère du Patrimoine canadien. Le temps d'évaluation moyen de ces demandes d'examen a été de 143 jours.

Si le ministre concerné conclut initialement que l'investissement ne sera pas à l'avantage net du Canada, le non-Canadien aura l'occasion de présenter des observations et de soumettre des engagements à l'égard de l'investissement en vue de satisfaire à ces exigences. Dans la plupart des examens de l'avantage net, l'investisseur doit présenter des engagements contraignants au ministre concerné, habituellement ayant trait à des facteurs économiques nationaux comme l'emploi au Canada, les dépenses en capital au Canada, le maintien de Canadiens à des postes de direction et la conservation des droits de propriété intellectuelle canadienne.

**LE GOUVERNEMENT
DU CANADA A
ÉGALEMENT
PUBLIÉ DES LIGNES
DIRECTRICES SUR
LES EXAMENS DES
INVESTISSEMENTS
PAR DES
ENTREPRISES D'ÉTAT
ÉTRANGÈRES.**

Investissements par des sociétés d'État

Le gouvernement du Canada a publié un certain nombre d'énoncés de politique qui visent en particulier les SE. Certains sont propres à des secteurs. Les énoncés de politique du gouvernement expliquent que les investissements étrangers par des SE dans les sables bitumineux ou les minéraux critiques ne seront que rarement jugés être à l'avantage net du Canada. D'autres principes directeurs ont trait à l'identité de l'investisseur. *L'Énoncé de politique sur l'examen des investissements étrangers et la crise en Ukraine*, en particulier, indique que des investissements de la part de SE russes ne seront considérés être à l'avantage net du Canada « qu'à titre exceptionnel ».

En sus de cet énoncé de politique précis, le gouvernement du Canada a aussi publié des lignes directrices générales sur l'examen des investissements par des SE. Ces lignes directrices énoncent les facteurs particuliers que le ministre approprié doit examiner dans le cadre de son évaluation des facteurs susmentionnés relatifs à l'avantage net. Elles reflètent les préoccupations éventuelles que ce ministre pourrait avoir concernant « la gouvernance et l'orientation commerciale des SE ». Le ministre concerné examinera ce qui suit :

- la gouvernance et la structure redditionnelle de la SE, notamment si elle respecte les normes canadiennes de gouvernance. Cela comprend des engagements en matière de transparence et de divulgation, l'indépendance des membres du conseil d'administration, l'indépendance du comité de vérification, le traitement équitable des actionnaires et le respect des lois et des pratiques du Canada;
- si l'entreprise canadienne devant être acquise par une SE continuera de pouvoir fonctionner sur une base commerciale, les lignes directrices énonçant un certain nombre d'indications importantes. Celles-ci comprennent où exporter, où transformer, la participation des Canadiens aux activités et le niveau de dépenses d'immobilisations permettant de maintenir l'entreprise canadienne dans une position concurrentielle.

Une SE peut donc prévoir être obligée de prendre des engagements allant plus loin que ceux auxquels on s'attend normalement de la part d'un autre type d'entreprise afin d'obtenir l'approbation du ministre approprié. D'ailleurs, le gouvernement du Canada s'attend à ce qu'une SE désirant investir aborde la question de ses caractéristiques inhérentes (plus précisément qu'elle est susceptible d'être sujette à l'influence d'un État) dans ses projets pour l'entreprise canadienne devant être acquise et dans ses engagements connexes.

Examen relatif à la sécurité nationale

Le gouvernement du Canada a le pouvoir d'examiner tous les investissements proposés (sans égard à leur taille et qu'il y ait eu prise de contrôle ou non) concernant un non-Canadien lorsque le ministre responsable a des motifs raisonnables de croire qu'un investissement est « susceptible de porter atteinte à la sécurité nationale ».

En ce qui concerne les investissements devant faire l'objet d'un avis, le gouvernement peut commencer l'examen de l'opération proposée à tout moment à partir duquel il est avisé de l'investissement et jusqu'à 45 jours après sa réception du formulaire d'avis rempli par l'investisseur. Quant aux investissements qui ne sont pas assujettis à une obligation d'avis, le pouvoir du gouvernement de procéder à leur examen pour des motifs de sécurité nationale expire cinq ans après leur réalisation (à moins que l'investisseur ne dépose un avis volontaire à leur égard, ce qui réduit ce délai à 45 jours).

Un examen relatif à la sécurité nationale peut être réalisé, à l'initiative du gouvernement, avant ou après qu'un investissement est effectué. Lorsqu'un examen est entamé avant qu'un investissement soit effectué, il entraîne la suspension de celui-ci (l'investisseur ne peut conclure l'opération avant que l'examen relatif à la sécurité nationale ne soit terminé). Un examen relatif à la sécurité nationale passe par plusieurs étapes et peut prendre jusqu'à 200 jours (ou plus, en cas de prorogations convenues). Dans les grandes lignes, l'examen se déroule de la façon suivante :

- **Avis d'examen.** Le ministre responsable peut délivrer à l'investisseur un avis qu'une ordonnance d'examen relatif à la sécurité nationale pourrait être rendue afin d'obtenir un délai supplémentaire de 45 jours pour décider de lancer ou non cet examen.
- **Examen officiel relatif à la sécurité nationale.** Si le ministre responsable a des motifs raisonnables de croire que l'investissement est susceptible de porter atteinte à la sécurité nationale, il peut transmettre le dossier au Cabinet fédéral pour qu'il ordonne la tenue d'un examen officiel relatif à la sécurité nationale, ce qui prolonge le délai de l'examen de 45 jours supplémentaires. Ce délai peut être à nouveau prorogé de 45 jours supplémentaires sans avoir à obtenir le consentement de l'investisseur. D'autres prorogations de 45 jours peuvent avoir lieu avec ce consentement (lequel est habituellement accordé).
- **Détermination ultime du Cabinet fédéral.** À la fin du délai d'examen, le ministre responsable peut transmettre au Cabinet fédéral le dossier avec une recommandation. Le Cabinet fédéral dispose de 20 jours pour décider d'approuver l'investissement (avec ou sans condition), d'interdire l'opération (avant sa conclusion) ou de demander à l'investisseur de se départir de son investissement dans l'entreprise canadienne (après sa conclusion).

Quand déposer un avis : dépôts obligatoires

Comme mentionné ci-dessus, le pouvoir du gouvernement du Canada d'examiner un investissement pour des motifs de sécurité nationale expire soit : i) cinq ans après la réalisation de cet investissement (s'il n'est pas assujéti à une obligation d'avis); soit ii) 45 jours après que le ministre responsable prenne connaissance de l'opération ou soit réputé en avoir pris connaissance du fait de la réception d'un « avis » complet.

Comme un avis peut être déposé avant ou après la conclusion d'un investissement, le choix du moment de ce dépôt est une importante décision stratégique. Le début du processus d'examen relatif à la sécurité nationale entraîne une suspension : l'investisseur ne peut pas conclure l'opération si cet examen est en cours. Habituellement, lorsqu'il y a un risque lié à la sécurité nationale, déposer un avis avant la conclusion de l'opération est plus amical pour l'acheteur, car cela cristallise la possibilité d'intervention avant que l'acheteur ne devienne propriétaire de la cible. Au contraire, les vendeurs préfèrent généralement déposer un avis après la conclusion de l'opération, pour éviter de devoir participer à tout examen relatif à la sécurité nationale en découlant.

Cela dit, le gouvernement du Canada n'a pas actuellement la possibilité d'imposer des conditions provisoires à l'investisseur (c.-à-d., limiter la capacité de l'investisseur d'intégrer et d'exploiter l'entreprise cible comme il le souhaite en attendant le résultat de l'examen). Par conséquent, après la conclusion de l'investissement, l'acheteur a la pleine jouissance de l'entreprise jusqu'à la détermination définitive de l'examen relatif à la sécurité nationale. Pour cette raison, lorsque le risque d'atteinte à la sécurité nationale est faible ou inexistant, il est souvent préférable pour l'acheteur de déposer un avis après la conclusion de l'opération.

Choix de déposer un avis : dépôts volontaires

De nombreux investissements n'ont pas besoin d'un examen ou d'un avis en vertu du régime de l'avantage net, mais sont soumis au régime de la sécurité nationale. Pour cette catégorie d'investissements, l'investisseur doit décider s'il souhaite présenter un « avis volontaire ».

Déposer un avis volontaire permet aux investisseurs d'éviter l'incertitude liée au délai. Sans avis, le ministre responsable pourra soumettre l'investissement à un examen pendant les cinq années suivant sa réalisation. Le dépôt d'un avis volontaire limite le ministre à 45 jours pour décider d'entamer ou non un examen relatif à la sécurité nationale. En intégrant ce délai à la documentation de l'opération concernée, l'investisseur peut cristalliser tout risque possible lié à la sécurité nationale au Canada en déposant un avis volontaire suffisamment à l'avance pour permettre au délai de 45 jours d'expirer.

Sécurité nationale : évaluation rigoureuse

La LIC ne prévoit aucune définition de ce qui peut « porter atteinte à la sécurité nationale ». Cependant, certains secteurs sont susceptibles d'entraîner un examen plus rigoureux. Les entreprises qui présentent une exposition à la technologie, aux infrastructures essentielles, aux produits et aux services essentiels, aux minéraux critiques, à la défense ou aux données personnelles sensibles de Canadiens entraînent toutes un risque plus grand lié à la sécurité nationale. Les *Lignes directrices sur l'examen relatif à la sécurité nationale des investissements* du gouvernement canadien, mises à jour en 2021, comprennent une liste non exhaustive d'activités pouvant relever de la sécurité nationale. Bien qu'elles donnent une idée du moment où un examen relatif à la sécurité nationale peut avoir lieu, elles présentent des lacunes notables et n'offrent souvent aux investisseurs étrangers qu'une transparence limitée pendant le processus d'examen. Si le gouvernement canadien croit qu'une opération peut porter atteinte à la sécurité nationale, il peut la bloquer, l'assujettir à des conditions ou, si elle est déjà réalisée, à des mesures correctives, notamment le dessaisissement.

Les données gouvernementales publiées en 2022 ont révélé que l'année 2021-2022 a connu le plus grand nombre d'examens relatifs à la sécurité nationale à ce jour. Alors que le ministre responsable a émis le même nombre d'« avis » de sécurité nationale (auxquels a recours le gouvernement pour proroger le délai disponible pour déterminer si un examen complet relatif à la sécurité nationale est justifié) qu'au cours de l'année précédente (soit 24 au total), il a rendu le plus grand nombre d'ordonnances d'examen relatif à la sécurité nationale jamais enregistré (12). En d'autres termes, 50 % des avis ont mené à un examen prolongé (lequel peut s'échelonner sur une période de 200 jours ou plus). De ces 12 examens prolongés, quatre investisseurs provenaient de Russie et six de Chine. Malgré la présence d'investisseurs provenant des autorités à risque plus élevé dans ces dossiers, les conclusions des 12 examens approfondis relatifs à la sécurité nationale se sont avérées plus permissives qu'elles ne le furent au cours des années précédentes. En effet, sept des 12 enquêtes ont donné lieu à une acceptation inconditionnelle, tandis que seulement quatre ont été abandonnées (empêchant ainsi vraisemblablement une ordonnance d'interdiction ou de dessaisissement).

Considérations particulières pour les SE

Comme les principes directeurs du régime de l'avantage net se rapportant aux SE, certaines des lignes directrices en matière de sécurité nationale visent particulièrement les SE. En général, les investissements effectués par des SE font l'objet d'une surveillance plus attentive dans le cadre du régime de la sécurité nationale, surtout de la part d'investisseurs provenant de pays non alliés.

En outre, des considérations propres au secteur et à l'identité de l'investisseur sont prises en compte à l'égard des SE dans le cadre du régime de la sécurité nationale, comme c'est le cas pour le régime de l'avantage net. Les investissements de SE dans des minéraux critiques sont plus susceptibles de faire l'objet d'un examen plus minutieux relatif à la sécurité nationale, comme ce sera le cas d'investissements de SE russes.

Modifications prévues de l'examen relatif à la sécurité nationale

Le 7 décembre 2022, une série de propositions de modifications ont été présentées par le gouvernement fédéral à la Chambre des communes. Ces modifications, si elles sont adoptées, entraîneront une série de changements importants du régime de la sécurité nationale du Canada. Il n'y a pas actuellement d'échéance fixée pour leur entrée en vigueur, mais au moment de la publication, leur promulgation n'est pas prévue avant le premier semestre de 2024. Elles apporteront les ajouts particuliers suivants :

- **Conditions provisoires.** La possibilité pour le ministre responsable d'imposer des conditions à l'investisseur en attendant la fin du processus d'examen relatif à la sécurité nationale.
- **Avis obligatoire préalable à la réalisation pour certains investissements précis.** Les investissements dans certains secteurs prescrits (encore à définir, mais qui comprendront vraisemblablement les entreprises de secteurs plus sensibles), susceptibles de permettre à l'investisseur d'avoir accès à des renseignements précis et procurant à l'acheteur certains droits seront assujettis à une obligation d'avis préalable à leur réalisation.
- **Approbation conditionnelle du ministre.** Sous le présent régime de la sécurité nationale, seule une ordonnance du Cabinet fédéral peut imposer des engagements contraignants à l'investisseur.

Ces nouvelles modifications permettraient au ministre d'approuver des investissements en les conditionnant à des engagements contraignants. Cela lui éviterait d'avoir à recourir au Cabinet pour une décision définitive relative à la sécurité nationale dans les cas où une mesure d'atténuation serait efficace pour résoudre les préoccupations relevées.

Nous conseillons aux investisseurs d'obtenir les conseils d'un avocat pour s'assurer de rester au courant des derniers développements du régime de la sécurité nationale du Canada.

**POUR EN SAVOIR PLUS,
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC L'UNE DES PERSONNES SUIVANTES :**

Mike Caldecott

mcaldecott@mccarthy.ca

416-601-7738

Will Rooney

wrooney@mccarthy.ca

416-601-8202

DROIT DE LA CONCURRENCE

Réglementation relative aux fusions	29
Abus de position dominante	32
Infractions criminelles	33

Par Kate McNeece et Alykhan Rahim



DROIT DE LA CONCURRENCE

La *Loi sur la concurrence* fédérale (la « Loi ») impose des sanctions criminelles aux personnes qui s'entendent avec des concurrents pour fixer des prix, limiter l'offre ou attribuer des clients ou des marchés, qui pratiquent le truquage des offres, le télémarketing trompeur ou qui sont coupables d'infractions de publicité trompeuse intentionnelle ou sans se soucier des conséquences. Un régime civil régleme les formes moins flagrantes de publicité trompeuse. La Loi contient également des dispositions civiles ou administratives qui permettent au Tribunal de la concurrence, à la demande du commissaire de la concurrence, d'examiner certaines pratiques commerciales et, dans certains cas, de prononcer des ordonnances visant à interdire ou à corriger une conduite, afin d'éliminer ou de réduire son effet anticoncurrentiel. Ces pratiques susceptibles d'examen comprennent les fusions, la collusion entre concurrents, l'abus de position dominante et un certain nombre d'ententes verticales entre fournisseurs et clients, comme le maintien des prix, les ventes liées, le refus de fournir et les ententes d'exclusivité. En vertu de la Loi, des parties privées peuvent également porter à l'attention du Tribunal de la concurrence certains agissements, comme l'abus de position dominante, le maintien des prix, l'exclusivité, les ventes liées et le refus de fournir. Celui-ci peut également imposer des sanctions pécuniaires en cas d'abus de position dominante ou de publicités trompeuses.

Réglementation relative aux fusionnements

Le commissaire de la concurrence peut examiner et contester tous les fusionnements, qu'ils soient assujettis ou non aux conditions de préavis en vertu de la Loi (voir ci-dessous), dans un délai d'un an suivant leur conclusion. Un fusionnement est l'acquisition ou le contrôle d'un intérêt relativement important dans la totalité ou quelque partie d'une entreprise. Si le commissaire estime qu'un

fusionnement est susceptible d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence et qu'il le conteste auprès du Tribunal de la concurrence, celui-ci procède alors à l'examen de ce fusionnement. En cas de décision défavorable, le Tribunal de la concurrence peut rendre une ordonnance afin d'empêcher ou de dissoudre (en partie ou en totalité) le fusionnement. La Loi comprend une liste de critères dont le Tribunal tient compte pour

**LE COMMISSAIRE
PEUT EXAMINER ET
CONTESTER TOUS LES
FUSIONNEMENTS, QU'ILS
DOIVENT FAIRE L'OBJET
D'UN AVIS OU NON,
DANS L'ANNÉE QUI SUIT
LEUR CONCLUSION.**

déterminer si un fusionnement est susceptible de diminuer sensiblement la concurrence. Ces critères sont généralement semblables à ceux que l'on retrouve dans la jurisprudence américaine, bien que leur application puisse différer. La loi offre également une « défense fondée sur les gains en efficience » contre les fusionnements anticoncurrentiels, propre au Canada. Elle s'applique dans les cas où les gains en efficience attribuables au fusionnement (réalisables au Canada et calculés conformément à la jurisprudence) auront vraisemblablement pour effet de surpasser les effets anticoncurrentiels et de neutraliser ceux-ci.

Certains types d'opérations qui dépassent les seuils prescrits nécessitent un préavis de fusionnement et le dépôt de renseignements auprès du commissaire. Ce préavis est généralement nécessaire si : i) les parties à l'opération (et leurs sociétés affiliées) ont des éléments d'actifs au Canada, ou des produits bruts tirés des ventes en provenance et à destination du Canada dont la valeur totale est de plus de 400 M\$ CA; et que ii) l'ensemble des actifs canadiens de la cible (ou des actifs qui font l'objet de l'opération) ou des produits bruts annuels tirés des ventes en provenance et à destination du Canada générés par ces actifs est de plus de 93 M\$ CA (en 2023; ce seuil est révisé chaque année). Les investissements en capitaux propres doivent également faire l'objet d'un avis si les seuils financiers sont atteints et que les seuils d'investissements en capitaux propres applicables ont été dépassés (de plus de 20 % dans le contexte des sociétés publiques et de plus de 35 % dans le contexte d'entités privées ou non constituées en personnes morales, ou lors de l'acquisition de plus de 50 % des actions conférant un droit de vote ou des capitaux privés d'une société publique, si l'acheteur possède déjà une participation minoritaire).

En général, sauf quelques exceptions, la valeur des actifs et des produits se calcule d'après les valeurs comptables figurant dans les derniers états financiers audités de l'entité visée. Le préavis de fusionnement consiste à déposer un formulaire d'avis auprès du commissaire de la concurrence. Une opération qui doit faire l'objet de ce préavis ne peut pas être conclue avant que celui-ci ait été soumis au Bureau de la concurrence et que la période d'attente prévue par la loi soit expirée, à moins que le Bureau y ait mis fin plus tôt ou l'ait annulée. Le dépôt de cet avis est habituellement accompagné d'un important livre blanc, connu comme la demande de certificat de décision préalable (CDP).

Le dépôt des formulaires d'avis par les deux parties déclenche une période d'attente suspensive initiale de 30 jours. Au cours de cette



période initiale, si le commissaire de la concurrence émet une demande de renseignements supplémentaires (DRS), qui est une demande considérable de documents et de données similaire à une deuxième demande aux termes de la *Loi Hart-Scott-Rodino Act* des États-Unis, la période d'attente est alors prolongée jusqu'au 30^e jour qui suit la remise au commissaire de la concurrence d'une réponse complète à la DRS. Contrairement à la *Loi sur Investissement Canada*, une fois que le ministre pertinent a approuvé l'opération proposée, l'expiration de la période d'attente applicable en vertu de la *Loi sur la concurrence* n'empêche pas le Bureau de la concurrence de s'opposer au fusionnement en tout temps dans l'année qui suit sa conclusion. En conséquence, même si une opération peut légalement être approuvée après l'expiration de la période d'attente pertinente, les parties attendront généralement de recevoir une indication du commissaire que l'opération ne sera pas contestée avant de la conclure. Dans les cas de fusionnements complexes, l'examen du commissaire peut prendre plus de temps que la période d'attente obligatoire.

Dans certains cas, les parties peuvent obtenir un CDP de la part du commissaire de la concurrence afin d'éviter le processus officiel d'avis de fusionnement. Si le commissaire délivre un CDP concernant l'opération projetée, il ne peut plus contester l'opération par la suite, à moins d'un changement important dans la situation avant la conclusion. À noter toutefois que la délivrance du CDP est discrétionnaire, et qu'il n'est généralement accordé que lorsque le fusionnement ne pose aucun problème de concurrence. Au lieu de délivrer un CDP, le commissaire peut également dispenser l'opération de l'obligation de préavis et émettre une « lettre de non-intervention » indiquant qu'il n'a pas de motifs pour la contester, ce qui est habituellement une assurance suffisante pour que les parties procèdent au fusionnement.

Des frais de présentation d'avis de 82 719,12 \$ CA (2023) s'appliquent aux sociétés qui déposent un préavis de fusion ou demandent un CDP. Ces frais font l'objet d'un rajustement annuel fondé sur l'indice des prix à la consommation.

DANS CERTAINS CAS, LES PARTIES PEUVENT OBTENIR UN CERTIFICAT DE DÉCISION PRÉALABLE DU COMMISSAIRE AFIN D'ÉVITER LE PROCESSUS DE PRÉAVIS DE FUSIONNEMENT.



Abus de position dominante

L'abus de position dominante sur un marché constitue une pratique susceptible d'examen pouvant aboutir en une ordonnance du Tribunal si celui-ci juge que cet abus a pour effet de diminuer sensiblement la concurrence. Cette ordonnance peut comprendre des sanctions pécuniaires pouvant atteindre jusqu'à trois fois la valeur du bénéfice sur lequel le comportement a eu une incidence (ou, lorsque cette valeur ne peut être déterminée raisonnablement, 3 % des recettes globales brutes annuelles).

Tout d'abord, il doit y avoir une position dominante ou le contrôle d'un marché. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait un monopole, mais la société dominante doit occuper une part de marché suffisamment importante pour qu'elle puisse dicter, dans une large mesure, les conditions du marché et exclure les concurrents.

Il doit également y avoir un abus du pouvoir conféré par cette position dominante, par la pratique d'agissements anticoncurrentiels. Cela comprend tout acte destiné à avoir un effet négatif visant l'exclusion, l'éviction ou la mise au pas d'un concurrent, ou à nuire à la concurrence. En soi, le fait de dominer un marché ne constitue pas automatiquement une infraction à la Loi; cela devient un problème lorsqu'une société adopte des tactiques commerciales d'éviction, d'exclusivité ou de sanction. Lorsqu'une société dominante tente d'exclure des concurrents potentiels ou d'éliminer une concurrence existante, le Tribunal de la concurrence peut être appelé à intervenir. Il n'est pas toujours facile de distinguer des agissements concurrentiels de la pratique d'agissements anticoncurrentiels. Il n'y a rien de mal à livrer une rude concurrence, même pour une société dominante. Toutefois, lorsque l'intention de la société est d'éliminer la concurrence ou d'empêcher l'entrée ou l'expansion de concurrents dans un marché, il peut y avoir abus de position dominante. La Loi dresse une liste non exhaustive de ces agissements anticoncurrentiels. Elle comprend la vente d'articles à un prix inférieur à leur coût d'acquisition, dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent, le fait d'inciter un fournisseur à ne pas vendre à des concurrents, le fait, pour un fournisseur intégré verticalement, de facturer des prix plus avantageux à ses divisions de détail ou le ciblage, par un acteur en position dominante, d'un nouveau concurrent ou de la participation accrue d'un concurrent dans un marché. L'établissement de prix d'éviction peut également constituer un agissement anticoncurrentiel.



La Loi permet également à toute partie privée de présenter une demande au Tribunal de la concurrence, si elle est directement et sensiblement gênée par les agissements anticoncurrentiels d'une autre partie. Les demandeurs qui souhaitent présenter une demande doivent obtenir la permission du Tribunal et n'ont pas droit à des dommages-intérêts (le Tribunal ne peut ordonner que des sanctions administratives pécuniaires ou des injonctions interdisant le comportement anticoncurrentiel).

Infractions criminelles

La Loi considère comme un acte criminel (sous réserve des défenses possibles) la conclusion d'une entente ou d'un arrangement avec un concurrent en vue de fixer les prix relatifs à l'offre d'un produit, d'attribuer des clients ou des marchés pour la production ou la fourniture d'un produit, ou de limiter la production ou la fourniture d'un produit. Le truquage des offres constitue également une infraction criminelle. Ces pratiques sont toujours interdites, quel que soit leur effet sur la concurrence.

Les accords d'employeurs non affiliés visant à fixer ou à contrôler les salaires ou d'autres conditions d'emploi (accords de fixation des salaires), ou à s'entendre pour ne pas solliciter ni embaucher des employés de l'autre employeur (accords de non-débauchage) sont aussi criminalisés (depuis juin 2023). Il n'est pas nécessaire que les parties à l'accord soient des concurrentes, ou que l'accord ait un effet anticoncurrentiel. Ces accords ne feront pas l'objet de poursuites criminelles s'ils sont accessoires à une fusion, une collaboration, une alliance stratégique ou une coentreprise autrement légitime. Dans ces cas, toutefois, le Bureau de la concurrence peut toujours procéder à leur examen en vertu de la disposition du régime civil relative à la collaboration entre concurrents.

Les personnes trouvées coupables des infractions criminelles de la Loi sont passibles de peines d'emprisonnement allant jusqu'à 14 ans et d'amendes fixées à la discrétion du Tribunal, sans plafond prévu par la Loi. Une infraction aux dispositions criminelles de la Loi peut également entraîner une poursuite au civil pour dommages-intérêts, intentée par la ou les personnes ayant subi une perte par suite de cette infraction.

Pratiques commerciales trompeuses

La Loi interdit de faire de la publicité de biens et de services ou de les commercialiser d'une manière fautive ou trompeuse. Les dispositions de



la Loi en matière de pratiques commerciales trompeuses s'appliquent à toutes les formes de marketing à l'égard des consommateurs canadiens, peu importe le support. Ses dispositions criminelles s'appliquent aux comportements les plus flagrants, comme le télémarketing trompeur, la publicité trompeuse intentionnelle ou sans se soucier des conséquences, la vente pyramidale et les systèmes de commercialisation à paliers multiples illégitimes. Certaines pratiques commerciales trompeuses, comme les indications de prix partiel et les indications fausses ou trompeuses, peuvent faire l'objet de poursuites criminelles ou civiles, selon la gravité du comportement. D'autres pratiques, comme les indications concernant la garantie d'un produit, les indications de rendement fondées sur une épreuve insuffisante et les tactiques de prix trompeuses, comme les faux prix de vente habituels et la vente à prix d'appel, ne sont assujetties qu'aux dispositions civiles de la Loi.

En vertu de ces dispositions civiles, le Tribunal peut ordonner des sanctions pécuniaires pouvant atteindre jusqu'à trois fois la valeur du bénéfice sur lequel la pratique a eu une incidence (ou, lorsque cette valeur ne peut être déterminée raisonnablement, 3 % des recettes globales brutes annuelles). Les sanctions criminelles sont les mêmes que celles indiquées ci-dessus pour les autres infractions criminelles.

**POUR EN SAVOIR PLUS,
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC L'UNE DES PERSONNES SUIVANTES :**

Alykhan Rahim

arahim@mccarthy.ca

416-601-8203

Kate McNeece

kmcneece@mccarthy.ca

416-601-7836



FINANCEMENT D'ENTREPRISE, FUSIONS ET ACQUISITIONS ET CAPITAL-INVESTISSEMENT

Financement d'entreprise	36
Fusions et acquisitions	40
Activisme des actionnaires	46
Capital-investissement	47

Par Jennifer F. Longhurst et Jeremy Pleasant



FINANCEMENT D'ENTREPRISE, FUSIONS ET ACQUISITIONS ET CAPITAL-INVESTISSEMENT

Financement d'entreprise

Le Canada est doté de marchés financiers bien développés et très évolués. Les principales sources de capitaux sont les banques à charte canadiennes et les institutions financières (notamment les caisses de retraite, les sociétés de fonds communs de placement et les sociétés d'assurances), les marchés publics, le capital-investissement et les organismes gouvernementaux. Les actions des sociétés ouvertes canadiennes et étrangères peuvent être cotées et négociées à une ou à plusieurs bourses canadiennes. Les principales bourses du Canada sont la Bourse de Toronto (TSX), la plus grande bourse du pays, et la Bourse de croissance TSX (TSXV), chacune ayant ses propres conditions d'admission à la cote. Le Canada compte également des marchés hors cote actifs pour une variété d'autres titres, y compris, plus particulièrement, les titres de créance. Les banques à charte canadiennes constituent la principale source de marges de crédit et de prêts à terme renouvelables.

LA LÉGISLATION SUR LES VALEURS MOBILIÈRES AU CANADA A FAIT L'OBJET D'IMPORTANTES TRAVAUX D'HARMONISATION, GRÂCE À L'UTILISATION DE RÈGLEMENTS D'APPLICATION PANCANADIENNE OU MULTILATÉRALE ADOPTÉS PAR LES AUTORITÉS CANADIENNES EN VALEURS MOBILIÈRES (ACVM), ET PROMULGUÉS EN TANT QUE LOIS AU NIVEAU PROVINCIAL.

Appels publics à l'épargne et placements privés

Au Canada, les lois sur les valeurs mobilières relèvent actuellement de la compétence provinciale, et chaque province ou territoire canadien a donc son propre organisme de réglementation des valeurs mobilières et fait ses propres lois dans ce domaine. Néanmoins, la législation sur les valeurs mobilières au Canada a fait l'objet d'importants travaux d'harmonisation, grâce à l'utilisation de règlements d'application pancanadienne et multilatérale adoptés par les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (ACVM), organisme-cadre regroupant tous les organismes provinciaux de réglementation des valeurs mobilières, et promulguées en lois par les provinces et territoires. De plus, l'« autorité principale » ou le « régime de passeport » adopté par toutes les provinces

canadiennes (à l'exception de l'Ontario, qui est le plus gros marché financier du Canada) permet que de nombreux aspects des lois sur les valeurs mobilières soient réglementés efficacement par une seule compétence participante (c.-à-d. l'« autorité principale » dans de telles circonstances), en plus de l'Ontario. Ces aspects comprennent l'examen et le visa des prospectus, le respect des obligations d'information continue et l'obtention de dispenses de diverses dispositions des lois sur les valeurs mobilières.

Les sociétés qui offrent des titres de créance ou des titres de participation au public canadien, que ce soit dans le cadre d'un premier appel public à l'épargne (PAPE), d'un reclassement de titres ou d'une autre opération, doivent généralement préparer un prospectus qui devra être approuvé par l'organisme de réglementation des valeurs mobilières de la province ou du territoire où elles offrent leurs titres. Le prospectus sera examiné par l'organisme de réglementation principal aux termes du régime de passeport décrit ci-dessus. Un exemplaire du prospectus doit également être remis aux investisseurs potentiels et faire l'objet d'un dépôt public. Le prospectus doit contenir un exposé complet, véridique et clair de la nature des titres offerts et des activités commerciales de l'émetteur.

Si les titres sont offerts au Québec, les prospectus rédigés en anglais doivent aussi être traduits et distribués en français.

Il est possible de se soustraire à l'obligation d'établir un prospectus lorsque les titres sont offerts aux termes d'une dispense exclusivement à des investisseurs institutionnels ou à d'autres « investisseurs accrédités », bien que dans de tels cas, la pratique du marché puisse tout de même obliger l'entreprise à envoyer aux investisseurs une « notice d'offre » contenant des renseignements qui sont souvent à peu de chose près équivalents à ceux contenus dans le prospectus. Il existe de nombreuses autres dispenses de prospectus, notamment celles qui concernent l'émission de titres par des « émetteurs fermés » ou à l'intention d'employés ou, encore, celles qui concernent l'émission de papier commercial à court terme ayant reçu une note approuvée et de titres de créances bancaires, auxquels cas il n'y a généralement aucun document d'information à fournir ou un document abrégé est utilisé. Des restrictions de revente ou de période d'acclimatation s'appliquent habituellement aux titres vendus aux termes d'une dispense.

Les actionnaires de sociétés ouvertes canadiennes n'ont généralement pas de droits préférentiels de souscription prévus par la loi ou par contrat. En conséquence, les nouvelles émissions d'actions se font habituellement dans le cadre d'un appel public à l'épargne ou d'un placement privé, plutôt que par l'émission de droits de souscription aux actionnaires existants.

Les émetteurs dont les actions sont inscrites à la cote de certaines Bourses canadiennes peuvent tirer profit du régime de placement par voie de prospectus simplifié au Canada qui permet de mobiliser des capitaux sur les marchés publics de façon rapide en préparant et en déposant un prospectus simplifié qui intègre par renvoi les plus récents états financiers et autres documents d'information continue de l'émetteur. En général, les émetteurs admissibles à ce régime peuvent faire approuver leur prospectus par l'organisme de réglementation des valeurs mobilières provincial dans les quatre jours ouvrables suivant le dépôt d'un prospectus provisoire. Dans le cas des émetteurs importants, il arrive souvent qu'un syndicat de placement canadien conclue une convention de « prise ferme ». Cette convention de prise ferme constitue une convention opposable contre les preneurs fermes visant la souscription des titres offerts en vente, même avant le dépôt d'un prospectus provisoire, ce qui fait en sorte que le syndicat assume le risque de fluctuation des prix sur le marché à compter du moment de la signature de la convention de « prise ferme » avec l'émetteur, jusqu'à la clôture du placement. Dans un tel cas, un prospectus provisoire doit être déposé dans les quatre jours ouvrables suivant la signature de la convention de prise ferme et le syndicat peut commencer à solliciter les souscripteurs dès que la convention est signée et qu'un communiqué de presse est publié. Pour les émetteurs qui ne sont pas admissibles au régime de placement par voie de prospectus simplifié, le processus d'approbation du prospectus par l'organisme de réglementation des valeurs mobilières provincial peut prendre de trois à six semaines, parfois plus.

Aux termes des lois sur les valeurs mobilières canadiennes, les émetteurs peuvent aussi déposer un prospectus préalable de base pour un montant total maximum en dollars de titres (qui peut être réparti entre les titres de créance, les titres de participation et les autres titres) qui seront par la suite émis sur une période d'au plus 25 mois. Au moment du placement réel des titres visés par le prospectus préalable de base – et au plus tard deux jours ouvrables après la fixation du prix d'offre des titres, l'émetteur

dépose simplement un supplément de prospectus relativement court indiquant les modalités particulières des titres alors offerts ainsi que les renseignements supplémentaires dont ne disposait pas l'émetteur au moment du dépôt du prospectus. Bien qu'il y ait des exceptions (p. ex. lorsque des produits novateurs, structurés ou dérivés sont placés), les suppléments des prospectus préalables de base ne font pas l'objet d'un examen par les organismes de réglementation, ce qui permet aux émetteurs d'agir rapidement et de tirer avantage de créneaux de financement de durée limitée au sein des marchés.

Obligations d'information continue

L'émetteur qui dépose un prospectus, qui inscrit ses titres à la cote d'une Bourse canadienne ou qui acquiert un émetteur assujetti canadien par voie d'une quelconque opération d'échange d'actions devient un « émetteur assujetti » et, à ce titre, il devient assujetti à différentes obligations d'information continue et en temps opportun aux termes des lois sur les valeurs mobilières. Ces obligations portent notamment sur la préparation et le dépôt des états financiers trimestriels et annuels et du rapport de gestion y afférent, ainsi que d'une notice annuelle et des déclarations décrivant tout changement important dans les affaires de l'émetteur. Les administrateurs, dirigeants et autres « initiés » (qui comprennent les détenteurs de plus de 10 % des droits de vote afférents aux titres avec droit de vote en circulation) de l'émetteur sont tenus de déposer des déclarations d'initié sur toute négociation des titres de l'émetteur et il leur sera interdit d'effectuer des opérations sur les titres de l'émetteur s'ils possèdent quelque information non publique importante au sujet de l'émetteur. Des circulaires d'information de la direction doivent être préparées relativement aux assemblées annuelles et extraordinaires des actionnaires, et elles doivent contenir l'information prescrite, notamment, des renseignements complets sur la rémunération des dirigeants pour ce qui est des assemblées générales annuelles ou des autres assemblées dans le cadre desquelles des administrateurs seront élus ou la rémunération des dirigeants sera mise aux voix.

Les émetteurs étrangers qui satisfont à certaines conditions et qui deviennent des émetteurs assujettis au Canada par suite de l'inscription de leurs titres à la cote d'une Bourse canadienne ou de l'acquisition d'un émetteur assujetti canadien par une opération d'échange d'actions peuvent généralement respecter leurs obligations d'information continue au Canada en déposant les documents de leur territoire d'origine.

Les ACVM ont adopté différents règlements qui s'inspirent de la loi américaine Sarbanes-Oxley. Ces règlements comprennent notamment un règlement d'application pancanadienne sur la surveillance des vérificateurs, un règlement d'application pancanadienne exigeant une attestation du chef de la direction et du chef des finances, et un règlement d'application pancanadienne sur les comités de vérification. En outre, un règlement et une politique d'application pancanadienne ont été adoptés en matière de gouvernance d'entreprise et ils prévoient généralement un régime fondé sur l'obligation de « se conformer ou s'expliquer ». La politique d'application pancanadienne définit les meilleures pratiques en matière de gouvernance d'entreprise en ce qui a trait à l'indépendance du conseil d'administration et des comités, au processus et aux politiques du conseil d'administration ainsi qu'à la diversité et au rôle de surveillance du conseil d'administration; le règlement d'application pancanadienne exige des émetteurs qu'ils divulguent, sur une base annuelle, leurs pratiques en matière de gouvernance d'entreprise.

Les organismes canadiens et américains de réglementation des valeurs mobilières ont adopté le Régime d'information multinational (RIM) qui permet d'offrir les titres de grands émetteurs américains au public canadien en utilisant une déclaration d'enregistrement américaine déposée auprès de l'organisme américain appelé Securities and Exchange Commission (SEC). Les sociétés inscrites à la cote d'une Bourse canadienne sont assujetties aux règles et aux règlements de cette Bourse.

Fusions et acquisitions

Le Canada s'est doté de lois sur les sociétés et les valeurs mobilières qui régissent l'acquisition de sociétés ouvertes canadiennes, acquisition qui peut se faire selon un processus de négociation ou de manière non sollicitée. Deux méthodes sont couramment utilisées pour acquérir une société ouverte au Canada, à savoir l'offre publique d'achat et le plan d'arrangement, bien que dans un contexte hostile, l'offre publique d'achat soit généralement la seule structure pratique permettant à un acquéreur de réaliser une acquisition sans le soutien du conseil d'administration de la société visée.

Offres publiques d'achat

Les lois provinciales et territoriales harmonisées sur les valeurs mobilières régissent les offres publiques d'achat. L'offre publique d'achat s'entend

généralement d'une offre faite à une personne, dans une province ou un territoire canadien, visant l'acquisition d'un certain nombre d'actions avec droit de vote ou de titres de participation d'une même catégorie d'une société visée, laquelle offre, si elle est acceptée, fait en sorte que l'initiateur (et les personnes qui agissent de concert avec lui) détient au moins 20 % des actions en circulation de cette catégorie. Une offre publique d'achat doit offrir la même contrepartie à tous les actionnaires, et il est interdit d'accorder un « avantage accessoire » à un actionnaire particulier. L'offre doit être valide durant une période d'au moins 105 jours, sous réserve d'un abrègement à 35 jours minimum en cas d'accord de la société visée dans une opération amicale ou lorsqu'une autre offre abrégée ou une opération de privatisation a été annoncée. Une offre publique d'achat est assujettie à une condition de dépôt obligatoire selon laquelle plus de 50 % des titres en circulation de la société visée, à l'exclusion des titres dont l'initiateur et toute personne agissant de concert avec lui ont la propriété véritable ou sur lesquels ils exercent une emprise, doivent être déposés et non retirés avant que l'initiateur puisse en prendre livraison dans le cadre de l'offre publique d'achat. L'offre publique d'achat doit aussi être prolongée par l'initiateur d'au moins 10 jours supplémentaires après que l'initiateur a satisfait à la condition de dépôt minimal et que toutes les autres modalités de l'offre ont été respectées ou ont fait l'objet d'une renonciation.

L'initiateur doit fournir aux actionnaires de la société visée une note d'information relative à l'offre publique d'achat contenant les renseignements prescrits sur l'offre, y compris certains renseignements normalement présentés dans un prospectus et concernant l'initiateur (notamment des états financiers pro forma), si les actions de l'initiateur font partie de la contrepartie offerte. Les administrateurs de la société visée doivent répondre en envoyant aux actionnaires une circulaire du conseil d'administration dans laquelle le conseil formule sa recommandation aux actionnaires d'accepter ou non l'offre ou, si le conseil refuse de faire une recommandation, dans laquelle le conseil fournit une explication portant sur l'absence d'une recommandation. Tant la note d'information relative à l'offre publique d'achat que la circulaire du conseil d'administration doivent être traduites en français si l'offre publique d'achat est faite au Québec (à moins qu'une dispense de minimis ou autre soit obtenue à l'égard de l'exigence de traduction au Québec).

Certaines offres publiques d'achat sont dispensées de ces exigences. C'est le cas notamment : des opérations concernant l'achat de titres détenus par un maximum de cinq actionnaires de la société visée, à condition que le prix

payé ne dépasse pas 115 % du prix courant du marché; des achats dans le cours normal des affaires sur un marché boursier dont le total, lorsqu'on l'additionne avec les autres achats effectués pendant une période de 12 mois, ne dépasse pas 5 % des titres en circulation de l'émetteur; de l'acquisition de titres pour lesquels il n'y a aucun marché publié dans le cas d'une société qui n'est pas un émetteur assujéti et qui compte moins de 50 actionnaires, à l'exception des employés actuels ou antérieurs; et des offres publiques d'achat étrangères, entre autres lorsqu'il y a des motifs raisonnables de croire que le nombre d'actions détenues en propriété véritable par des actionnaires canadiens est inférieur à 10 % du total des actions en circulation et que les actionnaires canadiens sont autorisés à y participer selon des modalités au moins aussi favorables que celles qui s'appliquent aux autres actionnaires.

Au Canada, contrairement aux États-Unis, il n'est pas permis de faire une offre publique d'achat conditionnelle à l'obtention de financement. Avant de faire une offre publique d'achat au comptant, l'initiateur doit prendre les « mesures convenables » pour s'assurer que les fonds requis sont disponibles. L'initiateur signe généralement une lettre d'engagement obligatoire avec une banque ou une autre source de financement avant de lancer son offre publique d'achat. Il cherchera à ce que les conditions de disponibilité des fonds stipulées dans la lettre d'engagement de la banque correspondent autant que possible aux conditions présentées dans la note d'information relative à l'offre publique d'achat qui a été envoyée aux actionnaires de la société visée. La loi exige que l'initiateur soit assuré d'obtenir le financement si les conditions de l'offre sont respectées.

En général, si un initiateur acquiert 90 % ou plus des actions avec droit de vote d'une société visée (mis à part les actions que cet initiateur ou les membres de son groupe détenaient avant l'offre) dans le cadre d'une offre publique d'achat adressée à l'ensemble des actionnaires, les lois sur les sociétés prévoient que les actions détenues par des porteurs qui ne les ont pas déposées en réponse à l'offre peuvent être acquises par l'initiateur au prix de l'offre en vertu d'un droit d'acquisition forcée des actions. Si l'initiateur ne peut invoquer ce droit parce qu'il n'a pas atteint le seuil de 90 %, mais qu'au moins 66 ⅔ % des actions en circulation ont été acquises dans le cadre de l'offre, les actions des actionnaires restants qui n'ont pas été déposées en réponse à l'offre peuvent généralement aussi être acquises au prix de l'offre au moyen d'une fusion ou d'un regroupement avec éviction de deuxième étape.

Plans d'arrangement

Les lois fédérales et provinciales sur les sociétés au Canada prévoient en général que les sociétés peuvent faire l'objet d'une acquisition ou d'une fusion et que leurs titres en circulation peuvent être échangés, modifiés ou réorganisés dans le cadre d'un processus supervisé par un tribunal qu'on appelle un plan d'arrangement. Actuellement, les acquisitions de sociétés ouvertes canadiennes sont le plus souvent réalisées au moyen d'un plan d'arrangement.

La société visée dépose une demande ex parte pour obtenir d'un tribunal une ordonnance initiale l'enjoignant d'obtenir l'approbation de ses actionnaires et fixant certaines formalités à cette fin. La société visée prépare et envoie par la poste à ses actionnaires une circulaire d'information de la direction contenant les renseignements prescrits, y compris certains renseignements normalement présentés dans un prospectus concernant l'acquéreur (notamment les états financiers pro forma, dans certaines circonstances) si les titres de l'acquéreur sont inclus dans la contrepartie. Contrairement aux notices d'information relatives à une offre publique d'achat et aux circulaires du conseil d'administration, il n'est pas obligatoire de traduire les circulaires d'information de la direction en français, même si une version française est souvent fournie lorsqu'il y a un nombre important d'actionnaires au Québec. Les plans d'arrangement exigent à la fois l'approbation des actionnaires (généralement aux termes d'un vote à une majorité qualifiée d'au moins deux tiers des voix exprimées lors de l'assemblée des actionnaires) et l'approbation finale du tribunal (qui dépend de la conformité à son ordonnance initiale et de sa détermination du caractère équitable de l'arrangement). Un plan d'arrangement offre une flexibilité maximale pour mettre en œuvre divers aspects structurels d'une opération qu'il ne serait pas possible de réaliser dans le cadre d'une offre publique d'achat, et peut être réalisé en une seule étape (au lieu des deux étapes requises par une offre publique d'achat suivie d'une acquisition forcée en vertu d'un droit prévu par la loi ou d'une fusion avec éviction). Un plan d'arrangement peut aussi permettre d'émettre des titres de l'acquéreur aux porteurs américains des actions de la société visée sans que l'inscription de ces titres soit nécessaire aux États-Unis.

Si l'acquéreur est une société inscrite à la cote de la TSX et si celle-ci émet des actions dans le cadre d'une offre publique d'achat ou d'un plan d'arrangement qui entraînerait une dilution pour ses actionnaires de plus de 25 %, l'acquéreur sera tenu, en vertu des règles de la TSX, d'obtenir l'approbation de ses propres actionnaires avant de réaliser cette opération.

Opérations entre parties liées

Les lois sur les valeurs mobilières de certaines provinces canadiennes comportent des règles complexes régissant les opérations entre une société ouverte et les parties qui lui sont liées (c.-à-d. des actionnaires importants, des administrateurs et des dirigeants) et qui atteignent un certain seuil — souvent appelées « opérations donnant lieu à d'importants conflits d'intérêts ». Ces règles sont conçues pour empêcher les parties liées de recevoir un avantage d'une société ouverte au détriment de ses actionnaires minoritaires sans leur approbation et pour uniformiser les règles du jeu en ce qui concerne tout avantage que ces parties liées pourraient avoir (ou pourraient sembler détenir) sur le plan de l'information. Ces opérations sont généralement soumises à un « examen en temps réel » par l'organisme de réglementation des valeurs mobilières compétent et, lorsque des lacunes sont constatées dans le processus associé à une opération ou dans l'information connexe, les organismes de réglementation disposent de pouvoirs réparateurs étendus et pourront exiger une meilleure information ou d'autres modifications concernant l'opération afin d'assurer la protection des détenteurs de titres minoritaires.

Une offre publique d'achat faite par une partie liée à la société visée (c'est-à-dire une « offre publique faite par un initié ») sera soumise à ces règles spéciales, à l'instar des autres structures d'opération aboutissant à un « regroupement d'entreprises » avec une partie liée. En particulier, ces opérations nécessitent généralement un processus d'examen et d'approbation approfondi de la part du conseil d'administration de la société visée, des renseignements plus détaillés concernant le contexte menant à l'opération et, dans de nombreux cas, une évaluation formelle des actions de la société visée par un évaluateur indépendant sous la supervision d'un comité indépendant du conseil d'administration de la société visée.

Si l'acquéreur dans un plan d'arrangement est lié à la société visée ou si une partie liée reçoit un « avantage accessoire », ces règles particulières s'appliqueront aussi de façon générale. L'opération nécessite notamment le consentement d'une majorité des actionnaires minoritaires (des actionnaires sans lien avec l'acquéreur ou toute partie liée qui reçoit un avantage accessoire), en plus de l'approbation des actionnaires requise aux termes des lois applicables en matière de droit des sociétés. Lorsqu'une partie liée fait l'acquisition de la société visée ou est partie à

une « opération rattachée » concurrente qui atteint un certain seuil, une évaluation officielle des actions de la société visée par un évaluateur indépendant, sous la supervision du conseil d'administration de la société visée ou d'un comité d'administrateurs indépendant, peut être exigée.

Dans tous les cas, les organismes de réglementation des valeurs mobilières au Canada ont le pouvoir d'intervenir pour mettre fin à une offre publique d'achat ou à une autre opération si elle est abusive pour les actionnaires de la société visée ou pour les marchés financiers, même si elle est conforme aux lois en vigueur. Ils disposent également de larges pouvoirs d'intervention pour empêcher les conseils d'administration des sociétés visées de prendre des « mesures défensives » inappropriées visant à faire échouer une opération.

Déclaration sur la propriété effective / prise de participation

Les actionnaires sont généralement tenus d'informer publiquement le marché, conformément aux exigences du « système d'alerte », lorsqu'ils acquièrent la propriété effective, la supervision ou le contrôle d'actions ou de titres avec droit de vote représentant 10 % ou plus (5 % lorsqu'une offre publique d'achat a déjà été lancée) d'une catégorie de titres d'une société cotée visée (y compris les actions détenues en propriété effective ou contrôlées par l'actionnaire et ses alliés). L'investisseur doit signifier cet avis au marché en publiant un communiqué de presse au plus tard à l'ouverture du marché le jour ouvrable suivant et en déposant, dans les deux jours ouvrables suivants, une déclaration selon le système d'alerte dans la forme prescrite (laquelle doit indiquer l'objectif de l'opération, notamment tout projet ou toute intention de l'investisseur concernant certaines opérations stratégiques sur le capital énumérées ou pouvant donner lieu à de telles opérations, à l'égard de la société visée). Il y a également une période d'attente qui interdit tout achat supplémentaire jusqu'à l'expiration d'un jour ouvrable après le dépôt de la déclaration, sauf si l'acquéreur possède ou contrôle déjà plus de 20 % des titres en circulation de cette catégorie. Un autre communiqué de presse doit être publié et une déclaration additionnelle déposée si un changement touche un fait important contenu dans une déclaration précédente, s'il y a augmentation ou diminution de la propriété ou du contrôle de 2 % ou plus de la catégorie de valeurs mobilières ou s'il y a diminution de la propriété ou du contrôle pour passer à moins de 10 % de la catégorie de valeurs mobilières. Il existe une exception à l'obligation de publier immédiatement un communiqué de presse et une déclaration selon le système d'alerte (ainsi qu'un moratoire sur la négociation) pour les actionnaires autorisés à

utiliser le « régime de déclaration mensuelle »; dans ce cas, un « investisseur institutionnel admissible » (c'est-à-dire généralement des institutions financières, des fonds communs de placement, des caisses de retraite, des fonds spéculatifs et certains autres fonds d'investissement) peut faire une déclaration dans les dix jours suivant la fin du mois au cours duquel il dépasse le seuil d'actionnariat de 10 %, à condition qu'il n'ait pas l'intention de faire une offre publique d'achat ou de réaliser une autre opération de prise de contrôle, ni de solliciter des procurations.

Activisme des actionnaires

L'engagement et l'activisme des actionnaires restent très répandus au Canada, même si la tendance est à la négociation en coulisses entre les actionnaires et les conseils d'administration plutôt qu'aux courses aux procurations formelles. L'activisme se manifeste sous diverses formes, notamment par des investisseurs qui soumettent des propositions d'actionnaires ou demandent la tenue d'une assemblée des actionnaires de la société visée, par des votes consultatifs à la majorité sur la rémunération et l'élection des administrateurs, ainsi que par des engagements privés avec les conseils d'administration de la société visée ou par des sollicitations de procurations ou des courses aux procurations en bonne et due forme. Il est souvent suggéré que les lois canadiennes en matière de droit des sociétés et des valeurs mobilières sont plus favorables aux investisseurs que, par exemple, celles des États-Unis, ce qui rend l'activisme potentiellement plus facile à mettre en œuvre au Canada, bien que nombre de ces outils soient soumis à des règles établies et à des mesures de protection qui en empêchent l'utilisation abusive. Aujourd'hui, au Canada comme ailleurs, les conseils d'administration sont de plus en plus conscients de l'activisme des actionnaires et de plus en plus réceptifs à l'idée de s'engager avec les principales parties prenantes pour éviter de manière proactive toute contestation de la part du public. Par exemple, certains conseils d'administration ont trouvé qu'il était avantageux de consulter les activistes, d'une manière confidentielle, lors des discussions sur la stratégie du conseil, afin qu'ils puissent exprimer leurs opinions ou leurs préoccupations plutôt que de se trouver confrontés à des contestations publiques ultérieures. L'activisme des actionnaires est également une caractéristique fréquente dans toutes les formes d'opérations de fusion et d'acquisition, ce qui oblige les acquéreurs et les entités visées à se préparer à un activisme éventuel dans le cadre de toute opération d'acquisition ou de cession potentielle.

Capital-investissement

Les fonds de capital-investissement participent activement aux opérations de financement d'entreprise et de fusion et acquisition au Canada. Nous abordons ici brièvement quelques questions de droit propres à ces fonds.

Un fonds de capital-investissement qui souhaite placer ses titres auprès d'investisseurs au Canada doit préalablement préparer et déposer un prospectus conformément aux exigences de la réglementation canadienne sur les valeurs mobilières ou placer ses titres aux termes d'une dispense de prospectus, comme la dispense d'émetteur fermé. La dispense d'émetteur fermé peut être accordée pour le placement de titres d'un émetteur fermé auprès de personnes faisant partie d'une catégorie prescrite qui acquièrent les titres pour leur propre compte. En s'appuyant sur cette dispense, un émetteur fermé peut mobiliser le montant de capital voulu, au moyen d'un nombre illimité de financements, sans obligation de prospectus.

Pour constituer et faire fonctionner un fonds de capital-investissement au Canada, il faut veiller au respect des obligations d'inscription pour les courtiers, les conseillers et les gestionnaires de fonds d'investissement. Une personne physique doit s'inscrire à titre de courtier conformément à la législation canadienne sur les valeurs mobilières si elle exerce, ou indique qu'elle exerce, des activités d'opérations sur valeurs. Une personne physique doit s'inscrire à titre de conseiller si elle fournit, ou indique qu'elle fournit, des conseils à des tiers en matière de placement dans les valeurs mobilières ou d'achat ou de vente de valeurs mobilières. Une personne physique doit s'inscrire à titre de gestionnaire de fonds d'investissement si elle agit à titre de gestionnaire d'un fonds d'investissement. Selon les activités qu'il mène, un fonds de capital-investissement peut être structuré de manière à être dispensé des obligations d'inscription pour les courtiers, les conseillers et les gestionnaires de fonds d'investissement.

POUR CONSTITUER ET FAIRE FONCTIONNER UN FONDS DE CAPITAL-INVESTISSEMENT AU CANADA, IL FAUT VEILLER AU RESPECT DES OBLIGATIONS D'INSCRIPTION POUR LES COURTIERS, LES CONSEILLERS ET LES GESTIONNAIRES DE FONDS D'INVESTISSEMENT.

Les investissements de capitaux privés au Canada sont similaires aux fusions et acquisitions traditionnelles. Lors de l'acquisition de sociétés ouvertes, il y a lieu d'appliquer l'analyse juridique présentée plus haut pour les offres publiques d'achat et les plans d'arrangement. Comme la plupart

des investissements par les investisseurs de capitaux privés recourent à l'effet de levier, il faut porter une attention particulière au financement de l'acquisition (notamment restreindre ou supprimer les conditions de financement complémentaires à la convention d'achat principale). Voir la section **Prêts bancaires et autre capital d'emprunt**.

Les fonds de capital-investissement peuvent acquérir des participations majoritaires ou minoritaires; dès lors, les conventions régissant les droits des actionnaires ou des investisseurs (ou les ententes d'exploitation similaires, comme les contrats de société) sont de plus en plus importantes pour encadrer la gouvernance, le contrôle, les apports en capital, les opérations de placement et les droits ou restrictions de liquidité (comme les droits de suite, droits d'entraînement, droits de premier refus, droits de préemption et restrictions sur la propriété). Comme indiqué ci-dessus, les lois sur les valeurs mobilières en vigueur peuvent également exiger la déclaration publique des participations majoritaires ou minoritaires acquises.

Comme les investissements de capitaux privés sont assortis d'un délai préétabli, la structure fiscale est très importante pour les optimiser, notamment lorsqu'il s'agit d'investissements transfrontaliers par des fonds de capital-investissement américains. Comme aux États-Unis, de nombreuses stratégies de sortie peuvent être utilisées par les fonds de capital-investissement au Canada. Les stratégies de sortie habituellement utilisées au Canada sont une vente i) à l'équipe de direction actuelle au moyen d'un rachat par les cadres, ii) à d'autres actionnaires au moyen des droits de transfert des actions ou parts prévus dans la convention entre actionnaires ou le contrat de société, iii) à un tiers au moyen d'une vente aux enchères contrôlée ou par vente privée, ou iv) au public au moyen d'un PAPE.

POUR EN SAVOIR PLUS,

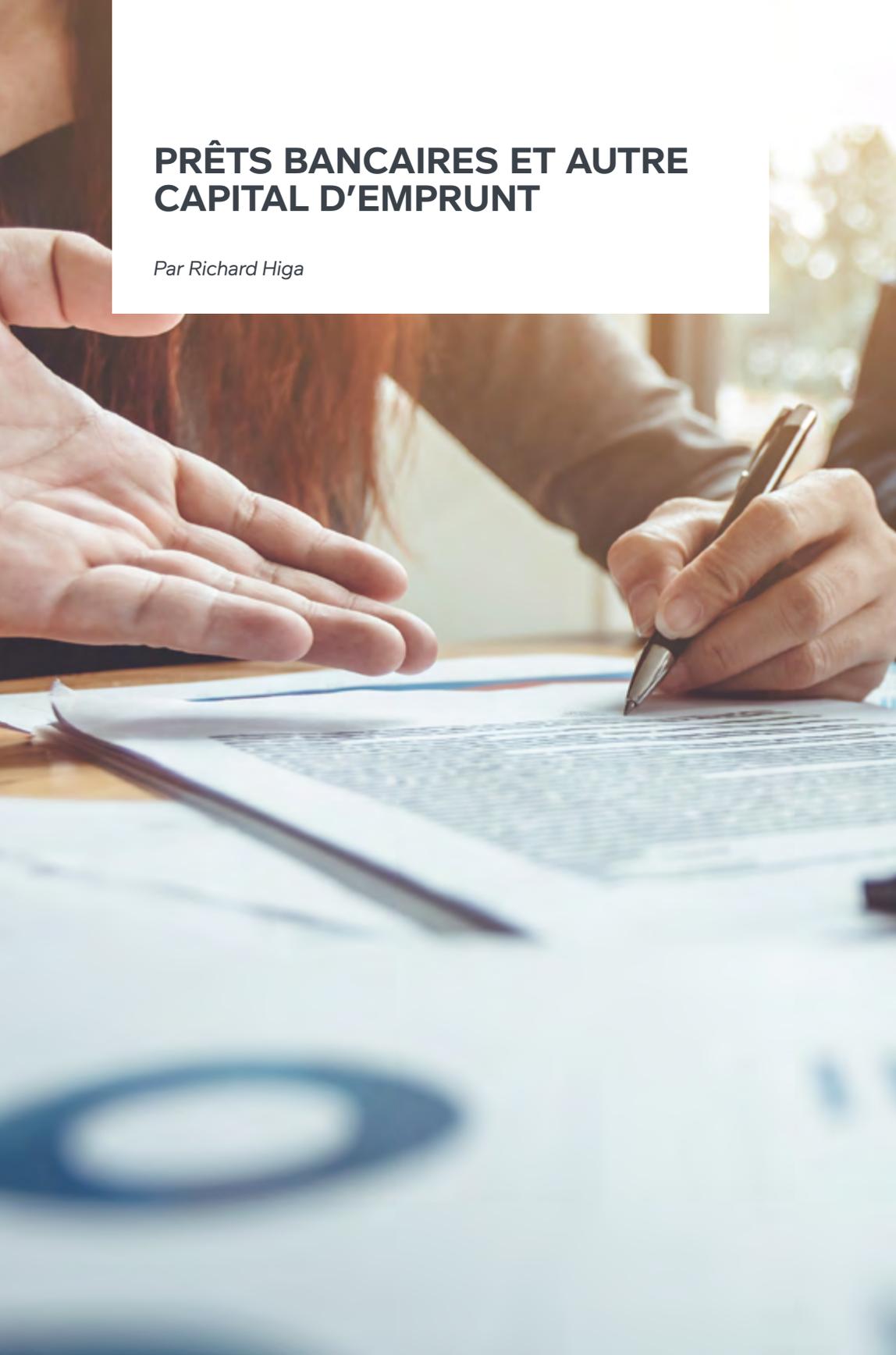
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC L'UNE DES PERSONNES SUIVANTES :

Jennifer F. Longhurst
jlonghurst@mccarthy.ca
416-601-7764

Jeremy Pleasant
jpleasant@mccarthy.ca
416-601-7906

PRÊTS BANCAIRES ET AUTRE CAPITAL D'EMPRUNT

Par Richard Higa



PRÊTS BANCAIRES ET AUTRE CAPITAL D'EMPRUNT

Au Canada, il est facile d'obtenir des prêts bancaires auprès de grandes banques canadiennes, de filiales de banques étrangères et de succursales canadiennes de banques non canadiennes. Le système bancaire canadien est bien réglementé, et les banques canadiennes sont bien capitalisées. Outre les banques, le Canada compte des bailleurs de fonds concurrentiels qui sont particulièrement actifs sur les marchés des prêts reposant sur l'actif, du financement mezzanine et du financement de projets. Il existe deux institutions financières gouvernementales fédérales offrant du financement : la Banque de développement du Canada, qui offre du financement aux petites et moyennes entreprises, et Exportation et développement Canada, qui a expressément pour mandat d'aider les exportateurs canadiens en leur procurant un financement.

Les prêts à taux variable sont souvent indexés suivant un « taux préférentiel » fixé périodiquement par une banque canadienne et fondé sur le taux annoncé chaque semaine par la Banque du Canada, qui est la banque centrale du Canada. Les taux des prêts fixes s'appuient habituellement sur les taux des obligations à long terme du gouvernement du Canada. D'autres formes d'emprunt et de tarification (telles que les prêts SOFR, SONIA, ESTR et CORRA) sont également proposées, en fonction des disponibilités et des devises. Pour les emprunteurs, de telles opérations comportent habituellement des frais. Ces frais comprennent généralement des frais juridiques, des commissions d'engagement, des frais de traitement ainsi que d'autres frais.

Les prêts à court et à long terme consentis au Canada peuvent être non garantis, ou garantis par les biens immobiliers ou personnels de l'emprunteur. Les prêteurs peuvent insister pour que les prêts non garantis soient appuyés par une garantie de la société mère, ou par une « sûreté négative » selon laquelle l'emprunteur convient (sauf à quelques exceptions) de ne pas constituer de sûretés sur ses éléments d'actif. Toutes les provinces tiennent un registre électronique pour l'enregistrement des sûretés sur les biens personnels. Elles ont également établi des bureaux d'enregistrement des actes pour enregistrer les intérêts dans les biens-fonds. Voir la section **Droit immobilier**. Demanière générale, les systèmes d'enregistrement des sûretés sur les biens meubles et immeubles sont similaires à ceux des États-Unis.

Le Canada n'impose pas de restrictions sur les devises. Les prêts peuvent être accordés en différentes devises, mais sont souvent libellés en dollars canadiens et américains. Étant donné la nature concurrentielle des marchés canadiens des prêts, les taux d'intérêt y sont souvent plus bas, pour des crédits comparables, que dans d'autres pays, en particulier aux États-Unis. Bien que les taux d'imposition au Canada soient plus élevés qu'ailleurs, les avantages liés à la déduction des intérêts débiteurs sur les prêts au Canada sont de ce fait plus importants. Les emprunts faits au Canada comportent d'autres avantages fiscaux. Par exemple, les règles sur la capitalisation restreinte, qui limitent la déductibilité des intérêts, ne s'appliquent pas aux créances de tiers sans lien de dépendance. En outre, la retenue d'impôt canadienne ne s'appliquera généralement pas aux intérêts (sauf certains types d'intérêts) versés sur les créances de tiers sans lien de dépendance. Enfin, la Nouvelle-Écosse, l'Alberta et la Colombie-Britannique disposent de sociétés à responsabilité illimitée. Celles-ci sont des entités hybrides qui créent des possibilités de planification fiscale pour les opérations transfrontalières américaines. Voir la section **Imposition**.

De nombreux programmes et organismes fédéraux et provinciaux accordent des subventions ou des prêts aux entreprises canadiennes. La disponibilité de l'aide gouvernementale dépend d'un certain nombre de facteurs, dont l'emplacement de l'investissement proposé, le nombre d'emplois qui seront créés, le potentiel d'exportation du produit ou du service, le fait que l'investissement serait effectué ou non sans l'aide gouvernementale et la valeur des capitaux investis par les propriétaires de l'entreprise. Les sociétés de propriété étrangère sont généralement admissibles aux programmes d'aide gouvernementale.

Les provinces et territoires du Canada disposent tous de lois sur le transfert des valeurs mobilières (LTVM). Ces lois régissent, entre autres choses, le transfert des valeurs mobilières et d'autres biens de placement et s'appliquent de façon concomitante avec les lois sur les sûretés relatives à la propriété mobilière pour régler l'opposabilité des sûretés visant les valeurs mobilières et autres biens de placement, y compris des valeurs

**DE NOMBREUX
PROGRAMMES
ET ORGANISMES
FÉDÉRAUX ET
PROVINCIAUX
ACCORDENT DES
SUBVENTIONS OU
DES PRÊTS AUX
ENTREPRISES
CANADIENNES.**

mobilières sans certificat. Les dispositions des lois sur le transfert des valeurs mobilières s'inspirent de la version révisée de l'article 8 du *Uniform Commercial Code* des États-Unis. Cette approche a été retenue afin d'offrir un régime plus cohérent au transfert transfrontalier de valeurs mobilières et d'autres biens de placement entre le Canada et les États-Unis, ainsi qu'une approche uniforme dans l'ensemble du Canada.

**POUR EN SAVOIR PLUS,
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC LA PERSONNE SUIVANTE :**

Richard Higa

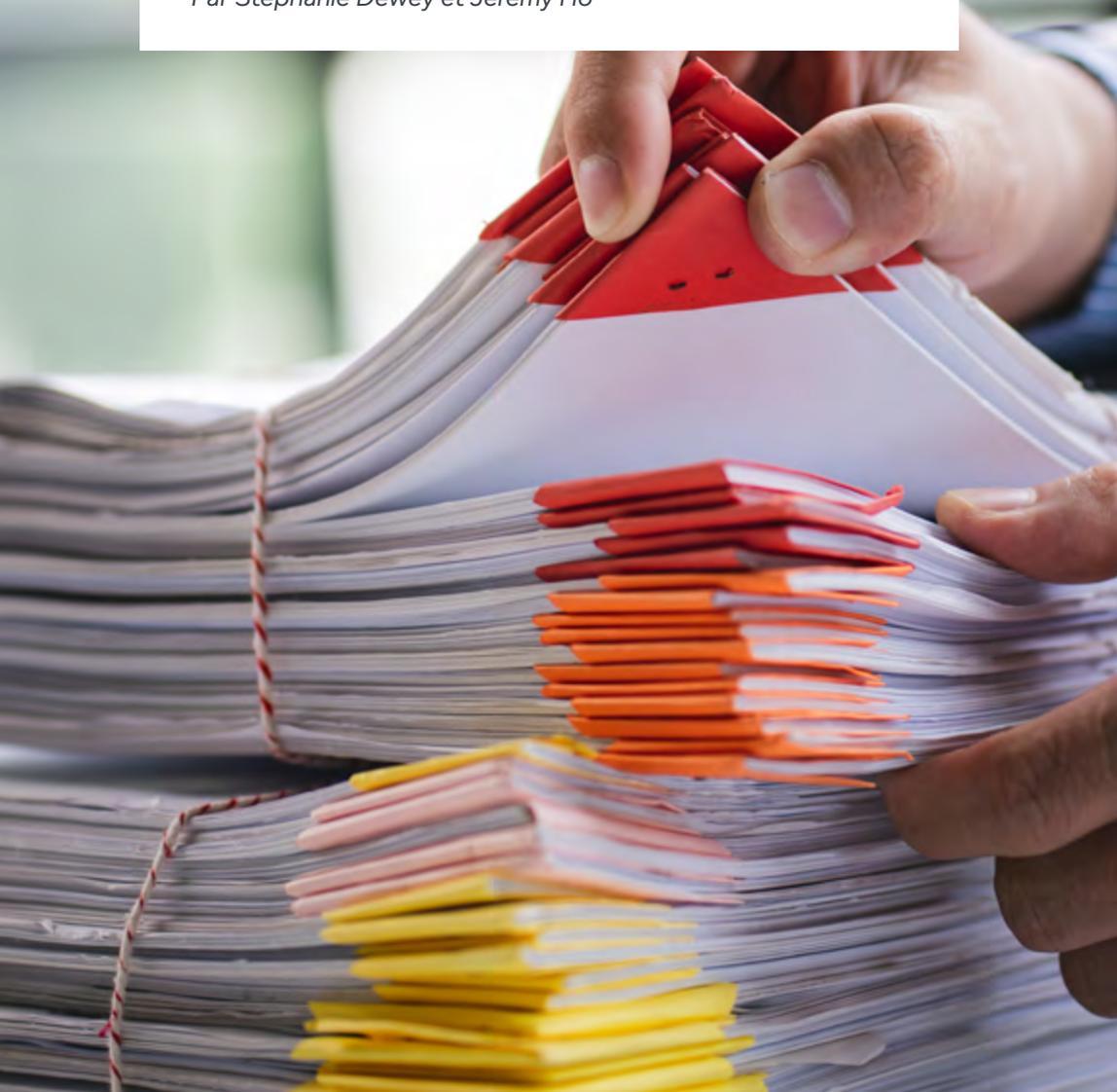
rhiga@mccarthy.ca

416-601-7858

IMPOSITION

Impôt sur le revenu	54
Exploitation d'une entreprise par l'intermédiaire d'une filiale canadienne	55
Exploitation d'une entreprise au Canada par l'intermédiaire d'une succursale	58
Mesures de contrôle des devises et rapatriement du revenu	59

Par Stephanie Dewey et Jeremy Ho



IMPOSITION

Impôt sur le revenu

Le gouvernement fédéral prélève de l'impôt sur le revenu, tout comme le font les gouvernements provinciaux et territoriaux. L'impôt fédéral sur le revenu est appliqué au revenu de toutes provenances de chaque résident canadien et, sous réserve des dispositions de toute convention fiscale applicable, il est prélevé sur le revenu de source canadienne

de chaque non-résident employé au Canada, qui exploite une entreprise au Canada ou qui réalise un gain à la disposition de certains types de biens canadiens (appelés « biens canadiens imposables »). En règle générale, une province ou un territoire prélèvera également un impôt sur le revenu des personnes qui résident dans la province ou le territoire en question ou qui y exploitent une entreprise. Certaines provinces

et certains territoires prélèvent également un impôt sur le revenu d'emploi des non-résidents gagné dans la province ou le territoire. De plus, la province de Québec prélève un impôt sur les gains réalisés par les non-résidents lors de la disposition de certains types de biens situés dans la province.

**LE GOUVERNEMENT
FÉDÉRAL PRÉLÈVE
DE L'IMPÔT SUR
LE REVENU, TOUT
COMME LE FONT LES
GOUVERNEMENTS
PROVINCIAUX ET
TERRITORIAUX.**

Le taux d'imposition combiné fédéral-provincial ou fédéral-territorial appliqué aux sociétés varie sensiblement selon la nature et l'importance de leurs activités commerciales, l'emplacement de ces activités et d'autres facteurs. En 2023, le taux d'imposition combiné sur le revenu le plus élevé, applicable aux sociétés privées sous contrôle non canadien, était d'environ 31 %, alors que le taux le plus bas, applicable aux bénéficiaires tirés d'activités habituelles d'une telle société, était d'environ 23 %. Des crédits d'impôt et d'autres encouragements fiscaux peuvent également être accordés dans certaines circonstances pour réduire le taux d'imposition réel.

Les particuliers sont assujettis à des impôts à taux progressifs. Ces taux dépendent du type de revenu, de la province ou du territoire de résidence et d'autres facteurs. En 2023, le taux d'imposition marginal combiné fédéral-provincial ou fédéral-territorial le plus élevé appliqué au revenu imposable des particuliers était d'environ 54,8 %, alors que le taux marginal combiné fédéral-provincial ou fédéral-territorial maximum le plus faible était d'environ 44,5 %.

Le Canada prélève également une retenue d'impôt de 25 % sur le montant brut de certains types de revenus de source canadienne versés à des non-résidents. Les paiements assujettis à la retenue d'impôt comprennent des dividendes, certains types d'intérêt, des loyers, des redevances et certains frais de gestion ou d'administration. Une retenue d'impôt peut également s'appliquer aux paiements effectués entre non-résidents dans certaines circonstances, notamment si les paiements concernent une entreprise canadienne ou certains types de biens canadiens. De manière générale, il n'y a pas de retenue d'impôt au Canada sur les intérêts payés par un résident canadien à des non-résidents du Canada avec lesquels il n'a pas de lien de dépendance (sauf les intérêts subordonnés à l'utilisation de biens situés au Canada ou à une production tirée de ces biens, ou encore les intérêts qui sont calculés en fonction d'un revenu, de bénéfices, de flux de trésorerie, du prix de marchandises ou d'un critère similaire, ou des dividendes payés ou à payer par une société). Toute convention fiscale applicable peut réduire ou éliminer le taux pertinent de retenue d'impôt. Des retenues d'impôt s'appliquent au bénéficiaire non résident, mais il incombe au payeur de retenir l'impôt sur les montants versés au non-résident et de remettre au gouvernement le montant de cette retenue.

Les rubriques suivantes abordent quelques-uns des principaux facteurs fiscaux à évaluer avant d'opter pour l'établissement d'une filiale canadienne ou d'une succursale comme véhicule pour faire affaire au Canada.

Exploitation d'une entreprise par l'intermédiaire d'une filiale canadienne

Une société constituée au Canada sera en général considérée comme résidente du Canada et devra payer de l'impôt fédéral sur ses revenus de toutes provenances. Comme nous l'avons déjà mentionné, une filiale peut également devoir payer de l'impôt provincial ou territorial sur son revenu.

Le taux d'imposition combiné fédéral-provincial ou fédéral-territorial qui s'applique aux filiales varie selon la province ou le territoire où elles exercent leurs activités, la nature de leurs activités commerciales et quelques autres facteurs.

**UNE SOCIÉTÉ
CONSTITUÉE AU
CANADA SERA
CONSIDÉRÉE COMME
RÉSIDENTE DU
CANADA ET DEVRA
PAYER DE L'IMPÔT
FÉDÉRAL SUR SES
REVENUS DE TOUTES
PROVENANCES.**



Le calcul du revenu de la filiale fera l'objet de règles particulières énoncées dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada et dans toute loi fiscale provinciale ou territoriale applicable. Le revenu comprend habituellement 50 % des gains en capital.

Les frais d'exploitation d'une entreprise ne sont déductibles que s'ils sont raisonnables. L'amortissement des coûts en capital n'est déductible que conformément aux règles canadiennes en matière de « déduction pour amortissement ». Ni l'impôt sur le revenu fédéral ni l'impôt sur le revenu provincial ou territorial ne peuvent être déduits dans le calcul du revenu assujéti à l'autre niveau d'imposition. De manière générale, les dividendes peuvent être versés entre sociétés apparentées canadiennes en franchise d'impôt. Les groupes de sociétés ne peuvent pas produire de déclarations de revenus communes. Par conséquent, les pertes d'exploitation de la filiale ne pourront pas, aux fins de l'impôt canadien, compenser directement le revenu d'une société membre du groupe. Il est toutefois possible, dans certaines situations, de réaliser des opérations visant à équilibrer les revenus au sein d'un groupe.

Les opérations entre la filiale et toute personne avec laquelle elle traite avec lien de dépendance, y compris sa société mère, devront généralement être réalisées à des fins fiscales à la « juste valeur marchande ». Certains documents ponctuels peuvent également être exigés aux termes des règles sur les prix de transfert du Canada.

La structure capitaux d'emprunts/capitaux propres de la filiale sera assujéti aux dispositions relatives à la capitalisation restreinte qui empêchent la déduction des intérêts payables à des « non-résidents déterminés » (en général, des membres du groupe qui sont des non-résidents) par la filiale dans la mesure où celle-ci a une « capitalisation restreinte ». La filiale est réputée avoir une capitalisation restreinte lorsque le montant des dettes à payer à des non-résidents déterminés est plus de 1,5 fois supérieur au total des bénéfices non répartis de la société, du surplus d'apports de la société provenant de non-résidents déterminés et du capital libéré des actions détenues par des non-résidents déterminés. L'intérêt qui n'est pas déductible en raison des dispositions relatives à la capitalisation restreinte est réputé avoir été payé à titre de dividende et est assujéti à la retenue d'impôt à ce titre.



Pour les années d'imposition commençant à partir du 1^{er} octobre 2023 (sous réserve d'une règle transitoire pour les années d'imposition commençant avant le 1^{er} janvier 2024), les déductions d'intérêts seront, en général, également limitées par les règles sur la « restriction des dépenses excessives d'intérêts et de financement » (RDEIF) proposées par le Canada. Le cas échéant, ces règles limiteront généralement la déduction des intérêts et des frais de financement, nets des revenus d'intérêts et de financement, à 30 % du BAIIA fiscal (c'est-à-dire le bénéfice avant intérêts, impôts et amortissements déterminé selon des concepts fiscaux et sous réserve de certains ajustements). Les déductions refusées peuvent effectivement faire l'objet d'un report rétrospectif sur les trois années précédentes ou d'un report prospectif pendant une période indéterminée, sous réserve de certaines limitations. Des règles particulières peuvent permettre aux groupes de sociétés de partager une capacité excédentaire afin de déduire les intérêts et les frais de financement ou, lorsque le groupe est fortement endetté par des créances envers des tiers, de déduire un ratio plus élevé de dépenses.

Dans certains cas, la filiale peut être établie en tant que société à responsabilité illimitée (SRI) en vertu des lois de l'Alberta, de la Colombie-Britannique ou de la Nouvelle-Écosse. Cela permet à une société mère américaine de bénéficier de certains avantages liés à l'exploitation d'une succursale et d'une filiale. Cette situation est possible du fait que, bien qu'une société à responsabilité illimitée soit traitée comme une société aux fins de l'impôt au Canada, elle peut être traitée, selon notre interprétation, comme une succursale ou une société en nom collectif aux fins de l'impôt aux États-Unis. Il est recommandé d'obtenir des conseils en matière de fiscalité américaine à cet égard et certaines dispositions de la *Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis (1980)* (la « Convention conclue avec les États-Unis ») devraient également être évaluées puisque dans des cas particuliers, en l'absence d'une planification fiscale appropriée, elles peuvent éliminer les avantages fiscaux associés à de telles entités hybrides ou entraîner des conséquences fiscales défavorables.

Le régime de retenue d'impôt décrit brièvement ci-dessus s'appliquera aux paiements versés aux non-résidents par la filiale, notamment aux intérêts et aux dividendes. Dans le cas de paiements faits par une filiale à une société mère résidente des États-Unis, la Convention conclue avec les États-Unis élimine la retenue d'impôt sur les intérêts



(sauf certains types d'intérêts comme les intérêts déterminés en fonction des profits, des flux de trésorerie ou d'un changement dans la valeur du bien). Les avantages de la Convention conclue avec les États-Unis ne sont accessibles, sous réserve de quelques exceptions, qu'à certaines « personnes admissibles » au sens donné à ce terme dans les « Restrictions apportées aux avantages » de la Convention conclue avec les États-Unis.

Le Canada a signé la *Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires* (appelée « instrument multilatéral » ou « IM »). La modification des conventions la plus importante à avoir été mise en œuvre par l'IM est l'ajout d'une règle anti-évitement générale aux conventions fiscales applicables, appelée le critère de l'objet principal. Aux termes de ce critère, un avantage prévu par une convention ne sera pas accordé si on peut raisonnablement conclure que l'un des objets principaux d'un arrangement ou d'une opération était d'obtenir l'avantage en question, sauf s'il est établi que l'octroi de l'avantage serait conforme à l'objet et aux objectifs des dispositions pertinentes de la convention.

Exploitation d'une entreprise au Canada par l'intermédiaire d'une succursale

Sous réserve des dispositions de toute convention fiscale applicable, les sociétés non-résidentes doivent payer de l'impôt canadien sur les bénéfices industriels et commerciaux qu'elles ont tirés de l'exploitation d'une entreprise au Canada par l'intermédiaire d'une succursale. Les sociétés non-résidentes qui exercent une activité commerciale au Canada sont également assujetties à l'impôt de succursale. En résumé, l'impôt de succursale remplace la retenue d'impôt qui aurait été prélevée sur les dividendes versés par une filiale canadienne exerçant l'activité commerciale. Étant donné que la retenue d'impôt s'applique aux dividendes au moment où ils sont versés et que l'impôt de succursale est prélevé sur les bénéfices au moment où ils sont réalisés, il peut, dans certains cas, être avantageux pour la société étrangère d'établir une filiale plutôt qu'une succursale.

Si le non-résident du Canada : i) est un résident d'un territoire qui a conclu une convention fiscale avec le Canada; et ii) a droit aux avantages qui découlent de cette convention, il sera de manière générale imposé sur ses bénéfices industriels et commerciaux gagnés au Canada uniquement



dans la mesure où ces bénéfices sont attribuables à un « établissement stable » situé au Canada. Les conventions fiscales du Canada peuvent comporter des règles selon lesquelles un non-résident est réputé avoir un établissement stable au Canada dans certaines circonstances, par exemple lorsque le non-résident a un agent dépendant au Canada qui a et exerce habituellement le pouvoir de conclure des contrats au Canada. Aux termes de certaines conventions fiscales du Canada, un non-résident peut avoir une importante présence commerciale au Canada sans être réputé y posséder un établissement stable. Tel qu'il est indiqué ci-dessus, les avantages qui découlent de la Convention conclue avec les États-Unis ne sont généralement accessibles qu'à certains résidents des États-Unis qui sont des personnes admissibles. Un examen approfondi de la convention applicable est essentiel afin de déterminer les avantages comparatifs de l'établissement d'une succursale ou d'une filiale au Canada.

De manière générale, le revenu de la succursale sera calculé selon les mêmes règles qui s'appliquent au calcul du revenu de la filiale, y compris les dispositions relatives à la capitalisation restreinte et les règles RDEIF.

Si l'exploitation canadienne subit des pertes de démarrage, le non-résident pourra peut-être déduire ces pertes dans le calcul de son revenu aux fins fiscales de son pays si les activités commerciales canadiennes sont exercées par l'intermédiaire d'une succursale. Le non-résident devrait chercher des conseils fiscaux dans le territoire où il réside. Lorsque l'entreprise canadienne deviendra un jour rentable, il pourrait être possible de transférer les activités de la succursale à une filiale canadienne nouvellement constituée sans entraîner d'importantes incidences fiscales canadiennes défavorables. Toutefois, il y a lieu d'examiner soigneusement les conséquences fiscales d'un tel transfert, notamment sur les ventes.

Mesures de contrôle des devises et rapatriement du revenu

Le Canada n'applique pas de mesures de contrôle des changes ou des devises ni de restrictions de change sur les emprunts venant de l'étranger, sur le rapatriement des capitaux ou sur la capacité de verser des dividendes, des bénéfices, des intérêts, des redevances et d'autres paiements du genre à partir du Canada.



Comme nous l'avons déjà mentionné, des retenues d'impôt peuvent être prélevées lors du rapatriement de certains types de revenus, y compris les intérêts, les dividendes et les redevances.

**POUR EN SAVOIR PLUS,
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC L'UNE DES PERSONNES SUIVANTES :**

Stephanie Dewey

sdewey@mccarthy.ca

416-601-4300

Jeremy Ho

jho@mccarthy.ca

604-643-5968



TAXE DE VENTE ET AUTRES TAXES

Taxe sur les produits et services fédérale	62
Taxe de vente harmonisée	63
Taxe de vente provinciale	64
Cotisations sociales provinciales	64
Autres taxes	65

Par Simon Douville et Cassandra Grenier



TAXE DE VENTE ET AUTRES TAXES

Le gouvernement fédéral et la plupart des provinces ont des régimes de taxe de vente.

Taxe sur les produits et services fédérale

La taxe sur les produits et services (TPS) est une taxe fédérale sur la valeur ajoutée multistade de 5 % qui s'applique aux fournitures taxables (c.-à-d., les fournitures visant la grande majorité des types de biens, y compris les biens incorporels et les biens immobiliers, et de services) réalisées au Canada. Certains types de biens et de services, notamment la plupart des services financiers, sont dispensés du régime de la TPS, et certaines fournitures, définies comme des fournitures détaxées, notamment les exportations, sont taxées au taux de 0 %.

La TPS est également prélevée sur les produits taxables importés au Canada. Les résidents du Canada peuvent également être tenus d'établir eux-mêmes la TPS sur la fourniture taxable de services et de biens incorporels acquis à l'étranger.

La TPS, étant une taxe sur la valeur ajoutée, s'applique à toutes les étapes de la chaîne de production et de distribution. En général, les entreprises qui font la fourniture taxable de biens et de services taxables doivent s'inscrire au régime dit « ordinaire » pour percevoir et verser la TPS qui s'applique à leurs fournitures réalisées au Canada. Bien que la TPS s'applique à toutes les opérations taxables tout au long de la chaîne de distribution, elle est généralement supportée par le consommateur final. Cela s'explique par le fait que les entreprises qui se livrent à des activités commerciales tout au long de la chaîne d'approvisionnement ont normalement le droit de récupérer, au moyen de crédits de taxe sur les intrants, la TPS qu'elles paient sur leurs intrants.

Il n'est pas toujours facile d'établir si des fournitures réalisées pour ou par des non-résidents du Canada sont assujetties à la TPS, et il importe donc d'étudier les règles particulières. Par exemple, les entreprises non résidentes qui font la fourniture taxable de biens ou de services au Canada ne sont généralement tenues de s'inscrire au registre de la TPS (et donc de percevoir la TPS sur leurs fournitures) que si elles « exploitent une entreprise au Canada ». Pour déterminer si un non-résident « exploite une entreprise au Canada », il faut généralement procéder à une analyse détaillée de ses activités et de sa présence au Canada.

Depuis le 1^{er} juillet 2021, les fournisseurs non-résidents qui n'exploitent pas d'entreprise au Canada doivent également déterminer s'ils sont tenus de s'inscrire au registre de la TPS sous le nouveau régime d'inscription simplifié. Le régime d'inscription simplifié s'inscrit dans la tendance mondiale à taxer l'économie numérique. Il a été mis en place pour obliger certains fournisseurs et exploitants de plateformes de distribution non-résidents qui ne seraient autrement pas tenus de s'inscrire au registre de la TPS sous le régime ordinaire, à s'inscrire à la TPS sous le régime simplifié si leurs ventes annuelles aux consommateurs canadiens ont dépassé, ou s'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'elles dépassent, 30 000 \$ CA. En outre, à compter du 1^{er} janvier 2021, de nouvelles exigences en matière d'inscription dans le cadre du régime ordinaire de la TPS ont été adoptées pour les fournisseurs non résidents de biens corporels qui utilisent des entrepôts de traitement de commandes au Canada ou qui livrent ou mettent à disposition autrement des biens corporels au Canada à des consommateurs canadiens.

Taxe de vente harmonisée

Actuellement, cinq provinces – l'Ontario, la Nouvelle-Écosse, le Nouveau-Brunswick, Terre-Neuve-et-Labrador et l'Île-du-Prince-Édouard – ont harmonisé leur taxe de vente provinciale avec la TPS. Dans ces provinces, la taxe de vente harmonisée (TVH), composée, d'une part, de la TPS fédérale de 5 % et, d'autre part, d'une composante provinciale variant entre 8 et 10 %, s'applique de la même manière que la TPS. Par conséquent, la discussion ci-dessus concernant la TPS s'applique également à la TVH (y compris quant aux nouvelles exigences en matière d'inscription pour les entreprises de l'économie numérique).

Une fois qu'il est établi qu'une fourniture est réalisée au Canada, il reste à établir si cette fourniture est réalisée dans une province où la taxe est harmonisée, et donc si elle est assujettie à la TVH. Des règles détaillées permettent d'établir si une fourniture est réalisée dans une province où la taxe est harmonisée, lesquelles varient selon le type de fourniture en question.

À compter du 1^{er} janvier 2013, la province de Québec a harmonisé la taxe de vente du Québec (TVQ) avec la TPS fédérale. Toutefois, contrairement aux autres provinces qui ont harmonisé leurs taxes, la TVQ est une taxe distincte imposée en vertu de la législation provinciale. Par conséquent, les entreprises qui font affaire au Québec doivent se demander si elles

ont l'obligation de s'inscrire au régime de la TVQ, et de percevoir et de verser la TVQ applicable sur leurs fournitures effectuées au Québec. Depuis le 1^{er} janvier 2023, le taux de TVQ s'établit à 9,975 %.

Taxe de vente provinciale

La Colombie-Britannique, la Saskatchewan et le Manitoba imposent actuellement une taxe de vente provinciale (TVP) à incidence unique (en sus de la TPS de 5 %) aux utilisateurs finaux de la plupart des biens personnels matériels et de certains services sur leur territoire respectif. Les entreprises qui font affaire dans ces provinces doivent déterminer si elles ont l'obligation de s'inscrire au régime de la TVP, et de percevoir, de s'autocotiser et de verser la TVP applicable au titre de chaque régime applicable. En général, le taux de cette TVP varie de 6 % à 7 %. Contrairement à la TPS/TVH/TVQ, qui sont généralement récupérables par les entreprises tout au long de la chaîne d'approvisionnement, la TVP n'est pas récupérable. Bien que certaines exonérations existent pour éviter que la TVP ne s'applique tout au long de la chaîne d'approvisionnement (p. ex., l'exonération des achats pour la revente), les entreprises peuvent néanmoins payer une TVP irrécupérable dans le cadre de leurs activités dans ces provinces.

Ces dernières années, chaque province qui impose une TVP a adopté de nouvelles lois établissant des obligations d'inscription et de perception aux entreprises de commerce électronique et aux exploitants de plateformes. Les entreprises qui font des affaires dans l'une de ces provinces doivent examiner attentivement ces nouvelles règles, qui s'appliquent de manière générale, afin de déterminer si elles les concernent ou non.

L'Alberta n'impose pas de TVP; ainsi, seule la TPS de 5 % s'applique dans cette province.

Cotisations sociales provinciales

Le Manitoba, l'Ontario et Terre-Neuve-et-Labrador perçoivent une cotisation sociale des employeurs qui est calculée en fonction d'un pourcentage de la rémunération versée dans la province (sous réserve d'un certain seuil). Le Québec perçoit également une cotisation sociale semblable sous la forme de cotisation à un fonds des services de santé provincial.

Autres taxes

Le gouvernement fédéral impose d'autres taxes, comme des droits de douane et des taxes d'accise. Différentes provinces imposent aussi d'autres taxes, comme un impôt provincial sur le capital (souvent limité aux institutions financières), des taxes sur les carburants, des taxes carbone, des taxes d'assurance, des droits de mutation immobilière et des taxes sur les logements sous-utilisés. La plupart des municipalités perçoivent un impôt foncier annuel auprès des propriétaires d'immeubles et de terrains.

POUR EN SAVOIR PLUS,**VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC L'UNE DES PERSONNES SUIVANTES :****Simon Douville**sdouville@mccarthy.ca

416-601-4334

Kassandra Grenierkgrenier@mccarthy.ca

514-397-4201

FABRICATION ET VENTE DE PRODUITS DE CONSOMMATION

Règlements et normes de produits	67
Protection des consommateurs	69
Responsabilité du fait du produit	70

Par Christopher Hubbard et Katherine Booth



FABRICATION ET VENTE DE PRODUITS DE CONSOMMATION

La fabrication, l'importation, la distribution et la vente de biens de consommation font l'objet d'une réglementation rigoureuse au Canada. Diverses lois imposent des obligations souvent strictes aux fabricants, aux distributeurs et aux détaillants, et confèrent aux autorités de vastes pouvoirs pour faire respecter la conformité, notamment par des audits de conformité, et pour imposer des amendes et des sanctions. Les produits qui ne respectent pas les exigences prévues par la loi ne peuvent pas être vendus légalement au Canada et peuvent être soumis à un rappel. Les fabricants sont également de potentiels défendeurs dans des litiges de recours individuels et collectifs en matière de responsabilité du fait du produit, relativement à des produits supposément défectueux ou dangereux.

Règlements et normes de produits

La *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation* (LCSCP) est entrée en vigueur en 2011. Elle s'applique aux « produits de consommation » et proscrit la fabrication, l'importation ou la vente de produits de consommation qui constituent un « danger pour la santé ou la sécurité humaine ». La LCSCP donne au gouvernement fédéral le pouvoir de réglementer, inspecter, tester et rappeler des produits de consommation, et crée une vaste gamme d'infractions et de pénalités liées. Les fabricants, les importateurs et les détaillants devront se conformer à des exigences strictes concernant la tenue des registres exigés à l'égard de leurs produits et assurer le signalement des « incidents » concernant la sécurité des produits directement à Santé Canada dans de courts délais.

Les « produits de consommation » assujettis à la réglementation en vertu de la LCSCP sont tous les produits dont on peut raisonnablement s'attendre qu'un particulier les obtienne pour une utilisation à des fins non commerciales, à l'exception des produits énumérés à l'annexe 1 de la LCSCP. De manière générale, les produits exclus sont ceux qui sont

**LES PRODUITS DE
CONSOMMATION
FONT L'OBJET D'UNE
RÉGLEMENTATION
RIGOUREUSE
AU CANADA, ET
LES AUTORITÉS
ONT DE VASTES
POUVOIRS POUR
FAIRE RESPECTER
LA CONFORMITÉ ET
POUR IMPOSER DES
SANCTIONS.**

couverts par d'autres lois, notamment les aliments, les cosmétiques, les drogues, les produits de santé naturels, les instruments médicaux, les produits antiparasitaires, les armes à feu et les véhicules.

Les règlements adoptés en vertu de la LCSCP peuvent aussi imposer des exigences de conformité supplémentaires pour de nombreux types de produits particuliers, notamment : les bougies; les contenants en verre de boissons gazeuses; les landaus et poussettes; les isolants en fibres cellulosiques; le charbon de bois; les bijoux pour enfants; les vêtements de nuit pour enfants; les produits de consommation contenant du plomb; les produits chimiques et contenants de consommation; les lits d'enfants, les berceaux et moïses; les couvre-fenêtres à cordes; les protecteurs faciaux pour joueurs de hockey sur glace et de crosse en enclos; les portes et enceintes contenant du verre; les produits céramiques émaillés; les casques de hockey sur glace; les tétines de biberons pour enfant; les bouilloires; les briquets; les allumettes; les matelas; les sucettes; les phtalates; les parcs pour enfants; les détecteurs résidentiels; les ensembles de retenue et sièges d'appoint pour véhicules automobiles; les tentes; les produits textiles (inflammabilité); les jouets; et les produits de vapotage.

La LCSCP confère à Santé Canada de vastes pouvoirs pour auditer les entreprises à des fins d'évaluation de la conformité à leurs obligations en vertu de la loi. Santé Canada effectue également ses propres tests de produits et met en œuvre un programme cyclique d'application de la loi dans le cadre duquel des produits de diverses catégories sont soumis à des tests de conformité aux divers règlements de la LCSCP. Santé Canada peut aussi exiger d'un fabricant ou d'un importateur qu'il effectue des essais sur le produit afin d'en confirmer la conformité à la LCSCP et aux règlements.

Outre la LCSCP, des lois fédérales comme la *Loi sur les aliments et drogues*, la *Loi sur la salubrité des aliments au Canada*, la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation* et la *Loi sur l'étiquetage des textiles* (et les règlements connexes) ainsi qu'une gamme de règlements provinciaux peuvent avoir une influence directe sur les fabricants qui vendent leurs produits de consommation au Canada. Par exemple, les aliments, les médicaments, les cosmétiques, les appareils médicaux et les produits de santé naturels sont régis par d'autres lois. Les produits qui ne sont pas conformes aux conditions imposées par les lois ou les règlements ne peuvent être vendus légalement.

L'examen réglementaire exhaustif de tous les produits dépasse le cadre du présent texte, de sorte que les fabricants devraient se familiariser avec les lois et règlements applicables aux produits particuliers qu'ils vendent.

Protection des consommateurs

Comme indiqué plus haut, Santé Canada est le principal organisme de réglementation de la sécurité des produits de consommation en vertu de la LCSPC, qui proscrit la fabrication, l'importation et la vente de produits de consommation qui constituent un « danger pour la santé ou la sécurité humaine ». Les fabricants doivent signaler les incidents de sécurité à Santé Canada dans des délais très stricts (deux jours pour le rapport initial et dix jours pour un rapport de suivi). La définition de ce qui constitue un « incident » à déclarer est large. Même si un événement n'a pas entraîné de dommages réels, il s'agit d'un incident devant être déclaré en vertu de la LCSPC si l'événement a causé ou « était susceptible de causer » des effets négatifs graves sur la santé ou des blessures. Les fabricants, les importateurs et les détaillants sont également tenus de signaler les rappels ou les mesures semblables visant le produit n'importe où dans le monde. Santé Canada reçoit également des rapports directement des consommateurs.

Santé Canada a le pouvoir d'effectuer des inspections de conformité pour vérifier que les fabricants et les fournisseurs connaissent et respectent, entre autres, leurs obligations de déclaration d'incidents. Les inspecteurs ont le pouvoir d'inspecter l'établissement et les documents d'une entreprise pour effectuer un audit de conformité. Les audits de conformité de Santé Canada peuvent être motivés par le rapport d'un consommateur ou d'un autre intervenant dans la chaîne d'approvisionnement, et le gouvernement peut également effectuer une inspection en l'absence de rapport.

Les gouvernements provinciaux ont également adopté des lois sur la protection du consommateur, comme la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur* de l'Ontario, qui visent à assurer la protection des consommateurs dans le cadre de leurs opérations avec les sociétés et les entreprises. Ces lois imposent diverses obligations aux entreprises dans leurs relations avec les consommateurs et offrent une variété de recours aux consommateurs qui ont subi un préjudice relativement à des pratiques commerciales trompeuses ou abusives, notamment des dommages-intérêts, des dommages-intérêts punitifs et l'annulation de contrats. Les

lois sur la protection du consommateur peuvent également imposer des conditions spécifiques, favorables aux consommateurs, ou interdire ou rendre inapplicables d'autres conditions, telles que la renonciation tacite à la garantie prévue par la loi, ou des conditions exigeant que tout litige soit soumis à un arbitrage exécutoire ou visant à interdire au consommateur d'engager un recours collectif ou de participer à un recours collectif. Les lois sur la protection du consommateur diffèrent d'une province à l'autre. Les entreprises doivent donc veiller à ce que leurs pratiques soient conformes aux lois de toutes les provinces dans lesquelles elles vendent leurs produits.

La protection des consommateurs est également assurée par la *Loi sur la concurrence* fédérale, qui contient des dispositions interdisant la publicité trompeuse et concernant la promotion des intérêts commerciaux. La loi interdit de donner au public des indications fausses ou trompeuses sur un point important sciemment ou sans se soucier des conséquences, et prévoit l'imposition de lourdes sanctions et même de peines d'emprisonnement. Le fait de donner des indications fausses ou trompeuses peut également engager la responsabilité de la société envers les consommateurs et entraîner le versement de dommages-intérêts pécuniaires. Voir la section **Droit de la concurrence.**

Pour une analyse de l'application des lois sur la protection du consommateur au commerce électronique, se reporter à la section **Protection du consommateur — Conventions électroniques.**

Responsabilité du fait du produit

La vente de produits dont il est présumé qu'ils sont défectueux ou qu'ils ont causé des blessures ou des dommages peut donner lieu à des poursuites contre les fabricants ou contre d'autres intervenants de la chaîne d'approvisionnement. Les réclamations les plus courantes sont les réclamations pour manquement au contrat et pour négligence, mais elles peuvent également inclure d'autres réclamations telles que les coups et blessures ou l'enrichissement injustifié. La responsabilité du fait du produit sert également souvent de fondement à des recours collectifs au Canada. Voir la section **Règlement des différends – Recours collectifs.**

Les différends contractuels sont de responsabilité stricte, et l'absence de négligence n'est pas une défense. Toutes les provinces et tous les

territoires ont adopté une législation sur la vente d'objets qui implique que les garanties d'aptitude à l'emploi et de qualité marchande sont implicites dans les contrats entre acheteurs et vendeurs concernant la vente de produits (voir, par exemple, la *Loi sur la vente d'objets*, L.R.O. 1990, chap. S.1, de l'Ontario). Les parties peuvent se soustraire aux conditions implicites définies par la loi, sauf dans le cas de ventes au consommateur ou de ventes au détail.

Souvent, il n'existe aucune relation contractuelle entre le fabricant d'un produit et l'acheteur ou l'utilisateur. Dans ces cas-là, un acheteur qui achète un produit ne peut habituellement pas invoquer les garanties tacites aux termes de la législation sur la vente d'objets dans le cadre d'une réclamation contre le fabricant. Par conséquent, de nombreuses réclamations contre les fabricants sont fondées sur la négligence, comme il est indiqué ci-après. Toutefois, l'acheteur pourrait faire valoir un différend contractuel contre le fabricant pour violation de la garantie, si le fabricant a donné une garantie accessoire et si la garantie est considérée comme étant une représentation incitant à la vente. De même, lorsqu'un consommateur a une réclamation pour manquement au contrat seulement à l'encontre du vendeur et non du fabricant, le vendeur peut toujours demander une contribution et une indemnisation au fabricant relativement à cette réclamation.

Les fabricants et d'autres personnes peuvent également faire l'objet de réclamations pour négligence découlant du défaut présumé d'un produit. Pour obtenir gain de cause dans le cadre d'une réclamation pour négligence, les demandeurs doivent habituellement prouver que le fabricant avait envers eux un devoir de diligence, que le produit était défectueux, que le fabricant a manqué à son devoir de diligence et que la négligence du défendeur a causé un préjudice aux demandeurs. La détermination de l'existence d'un « défaut » de fabrication dans un produit relève d'une enquête fondée sur les faits selon les utilisations raisonnablement prévisibles du produit. La simple existence d'un défaut de produit peut établir une relation d'inférence de négligence dans la conception ou le processus de fabrication. Souvent, un rappel de produit sert de base pour alléguer l'existence d'un défaut et engager une procédure.

Pour définir le degré de diligence, les tribunaux canadiens évaluent le caractère raisonnable de la conduite du défendeur en ce qui a trait aux normes du secteur. Cependant, si la norme du secteur est inadéquate, le

défendeur peut être reconnu coupable de négligence même s'il s'y est conformé. Même si le respect des normes réglementaires peut compter dans l'évaluation de la conduite raisonnable dans un cas particulier, le seul respect de ces normes ne suffira pas nécessairement à dégager le fabricant de sa responsabilité.

Le devoir de diligence raisonnable d'un fabricant en vertu de la common law se limite généralement la prise des précautions raisonnables pour éviter de causer un préjudice corporel ou un dommage aux biens. Toutefois, au Canada, dans certaines circonstances, un fabricant peut être tenu responsable même en l'absence de blessures ou de dommages matériels. Par exemple, les consommateurs peuvent être en droit de recouvrer des pertes purement financières liées au fait d'éviter le danger causé par un produit dangereux lorsque la négligence d'un fabricant a entraîné des défauts qui présentent un risque réel et substantiel de blessures physiques ou de dommages matériels.

Dans certaines circonstances, les fabricants ou d'autres personnes peuvent également être tenus, en vertu de la common law, d'avertir les consommateurs de la défectuosité d'un produit ou de prendre des mesures correctives, comme un rappel. Le devoir de mise en garde est un devoir continu qui peut être déclenché par de l'information apprise par le fabricant après que le produit a été utilisé. L'existence et le contenu de toute obligation de mettre en garde ou de prendre des mesures correctives relèvent d'enquêtes fondées sur les faits et dépendent des circonstances de l'affaire.

**POUR EN SAVOIR PLUS,
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC L'UNE DES PERSONNES SUIVANTES :**

Chris Hubbard

chubbard@mccarthy.ca

416-601-8273

Katherine Booth

kbooth@mccarthy.ca

604-643-7198

DROIT DES FRANCHISES

Aperçu 74

La législation sur les franchises au Canada 75

Par Adam Ship



DROIT DES FRANCHISES

Aperçu

Le modèle d'affaires de la franchise est couramment utilisé au Canada et a connu une croissance considérable au cours de la dernière décennie. Selon l'Association canadienne de la franchise, principal regroupement national de franchises, environ 1 200 marques franchisées exercent leurs activités au Canada par l'intermédiaire de 76 000 unités franchisées, employant directement ou indirectement plus de 1,9 million de Canadiens et produisant environ 100 G\$ CA de revenus annuels. Le franchisage est courant dans de nombreux secteurs au Canada, notamment la restauration à service rapide, l'hôtellerie, les soins à domicile, la vente au détail de produits automobiles, les services de télécommunications au détail, l'éducation et les produits de beauté et cosmétiques.

Pour accéder au marché canadien, les franchiseurs étrangers ont le choix d'y ouvrir ou non un bureau et d'y constituer ou non une filiale locale. Ces décisions sont dictées en grande partie par des considérations fiscales.

Les franchiseurs étrangers procèdent souvent à une expansion au Canada au moyen d'accords-cadres de franchise ou de développement régional avec des sociétés canadiennes qui sont réputées pour importer avec succès des marques étrangères sur le marché canadien. Ces structures signifient essentiellement que le franchiseur étranger délègue plusieurs des rôles dont il s'acquitte généralement dans son marché national au franchisé principal ou au développeur régional du marché canadien. Le franchisé principal détient les droits nécessaires sur un territoire donné pour attribuer des sous-franchises de son propre chef et procure souvent un soutien continu aux sous-franchisés locaux. Les droits d'un développeur régional, par opposition, sont limités à l'ouverture de plusieurs unités directement ou par l'intermédiaire d'un membre de son groupe.

Les franchiseurs étrangers peuvent également attribuer directement des franchises au Canada. Cela signifie que le franchiseur étranger (ou sa filiale canadienne) conclut des conventions de franchise avec des franchisés en vue de l'ouverture d'unités au Canada.

Plusieurs domaines du droit canadien ont des incidences particulières sur le modèle d'affaires fondé sur le franchisage. Nous nous concentrons



ici sur la forme la plus directe de réglementation juridique du franchisage au Canada : la législation sur les franchises. Nous avons également prévu une section concernant le Québec.

La législation sur les franchises au Canada

Les provinces canadiennes ont compétence pour régler le franchisage. Jusqu'à maintenant, six provinces ont adopté des lois sur les franchises : l'Ontario, la Colombie-Britannique, l'Alberta, le Manitoba, le Nouveau-Brunswick et l'Île-du-Prince-Édouard (les « provinces ayant légiféré »).

Malgré de subtiles différences entre les lois sur les franchises que l'on retrouve dans les provinces ayant légiféré, celles-ci sont en grande partie uniformes et mettent l'accent sur la communication antérieure à la vente. Les franchiseurs au Canada utilisent couramment des documents d'information sur les franchises (DIF) nationaux lorsqu'ils accordent des franchises dans plus d'une province ayant légiféré. De nombreux franchiseurs fournissent aussi volontairement leurs DIF nationaux aux franchiseés éventuels dans les provinces n'ayant pas légiféré.

Le franchiseur qui accorde des franchises dans l'une des provinces ayant légiféré doit remettre au franchiseé éventuel un DIF au moins 14 jours avant la plus rapprochée des dates suivantes, à savoir i) la date de signature de la convention de franchise ou ii) la date du paiement de la contrepartie par le franchiseé.

Les DIF doivent renfermer tous les faits importants, notamment les faits prescrits expressément par la réglementation adoptée en vertu des lois applicables sur les franchises, ainsi que tous les autres faits dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'ils aient un effet important sur la valeur de la franchise ou sur la décision par le franchiseé d'acheter la franchise.

Par exemple, le règlement pris en application de la loi ontarienne sur les franchises prescrit actuellement plus de 25 catégories différentes de renseignements qui doivent figurer dans un DIF. En voici certains des principaux sujets : i) des renseignements contextuels détaillés à propos du franchiseur, de ses administrateurs et de ses dirigeants; ii) les coûts initiaux pour le franchiseé en vue de l'établissement de la franchise; iii) des renseignements concernant la fermeture d'autres franchises dans le réseau; iv) des renseignements concernant les politiques et pratiques particulières du franchiseur, comme celles qui imposent des restrictions



aux biens et services à vendre et celles qui ont trait aux rabais de volume ou à d'autres avantages financiers obtenus par le franchiseur; v) des renseignements concernant les dépenses d'un fonds de publicité auquel la franchise doit contribuer; vi) des renseignements concernant les droits territoriaux accordés au franchisé ou réservés au franchiseur.

Le DIF doit aussi renfermer toutes les conventions relatives à la franchise de même que tous les autres faits importants en plus de ceux qui sont expressément prescrits.

Plusieurs décisions judiciaires ont interprété la législation canadienne sur les franchises comme exigeant qu'un DIF comprenne des faits et des renseignements importants pour l'emplacement attribué à un franchisé. Par exemple : i) un DIF doit comprendre tout bail principal conclu entre le franchiseur et le tiers propriétaire par lequel le franchiseur oblige le franchisé à être responsable du bail principal à travers l'intermédiaire d'un sous-bail obligatoire; ii) un tribunal a jugé qu'un DIF est vicié lorsqu'il ne révèle pas que l'ancien propriétaire de la franchise avait fait preuve d'une mauvaise gestion grave de l'emplacement.

En raison de ces décisions et d'autres décisions similaires, les DIF au Canada sont rédigés de manière à comprendre non seulement les faits importants pour le franchiseur et le réseau de franchises, mais également les faits importants pour la franchise accordée.

De plus, tous les DIF doivent comprendre les états financiers du franchiseur pour l'exercice le plus récent présentés dans un document résultant d'un audit ou d'une mission d'examen, sauf si le franchiseur peut bénéficier d'une dispense. Le DIF peut comprendre un bilan d'ouverture pour le franchiseur s'il exerce ses activités depuis moins d'un an ou si 180 jours ne se sont pas encore écoulés depuis la fin du premier exercice du franchiseur.

Toutes les lois canadiennes sur les franchises prévoient actuellement une dispense de l'obligation d'intégrer les états financiers pour les grands franchiseurs établis qui respectent les critères prescrits.

Lorsqu'un « changement important » se produit entre la remise d'un DIF et la signature de la convention de franchise ou le paiement de la contrepartie, le franchiseur doit aussi fournir au franchisé éventuel une déclaration de changement important décrivant ces changements importants. Cette déclaration doit être remise dès que possible après la survenance du changement.



La législation canadienne sur les franchises prévoit plusieurs dispenses relatives à l'obligation de remettre un DIF. Par ailleurs, il existe des différences quant aux dispenses prévues dans les diverses provinces ayant légiféré. Cependant, de façon générale, les dispenses se limitent aux cas suivants : i) le franchisé connaît déjà très bien le réseau de franchises; ii) le risque financier et l'investissement du franchisé sont très faibles; iii) le franchisé acquiert la franchise d'un tiers sans participation active du franchiseur. Ces restrictions sont habituellement interprétées de manière restrictive par les tribunaux.

La résolution prévue par la loi est le principal recours du franchisé qui ne reçoit pas de DIF ou qui reçoit un DIF vicié. La résolution permet au franchisé de mettre fin à la convention de franchise et aux conventions accessoires intervenues avec le franchiseur sans pénalité ni obligation additionnelle et lui permet de recevoir une importante indemnité financière afin de le remettre dans la situation où il se trouvait avant la vente.

Compte tenu de la portée du recours en résolution, les franchiseurs qui accordent des franchises dans les provinces ayant légiféré ont tout intérêt à ce que leurs DIF soient entièrement conformes et à jour chaque fois qu'ils sont remis à des franchisés éventuels. La période pendant laquelle un franchisé peut solliciter la résolution dépend de la gravité du vice du DIF : i) un délai de prescription de 60 jours pour les vices mineurs ayant peu d'importance; ii) un délai de prescription de deux ans pour les vices majeurs ou pour le défaut de fournir un DIF.

Hormis l'information communiquée avant la vente, la législation canadienne sur les franchises établit également des obligations réciproques d'agir de bonne foi et de manière équitable pour les parties d'une convention de franchise et procure aux franchisés le droit de s'associer les uns avec les autres.

L'obligation d'agir de bonne foi oblige le franchiseur à tenir compte des intérêts légitimes de ses franchisés avant d'exercer ses droits contractuels et impose aux parties une norme de caractère raisonnable sur le plan commercial. L'application de l'obligation dépend fortement des faits en cause, et une vaste jurisprudence a interprété cette obligation dans le contexte de différents types de litiges en matière de franchise.

Il est interdit aux franchiseurs d'entraver ou de restreindre le droit que confère la loi aux franchisés de s'associer les uns avec les autres de



quelque manière que ce soit, et toute disposition d'une convention de franchise qui vise à restreindre l'association entre des franchisés est nulle. Les tribunaux canadiens ont interprété cette disposition comme donnant aux franchisés le droit de se regrouper dans le cadre de litiges contre le franchiseur, par exemple à travers une action collective.

Toutes les lois canadiennes sur les franchises interdisent expressément aux parties à une convention de franchise de renoncer aux droits et obligations prévus par ces lois ou de les déléguer à des tiers, par contrat. Cela signifie qu'un franchiseur étranger accordant des franchises dans les provinces ayant légiféré ne peut pas utiliser une clause de choix du droit applicable ni aucune autre disposition de ses conventions de franchise pour éviter l'application de ces lois sur les franchises.

Droit civil québécois

Bien qu'il n'y ait pas de législation spécifique sur les franchises en vigueur au Québec, le Code civil du Québec (C.c.Q.) peut imposer des obligations concrètes aux franchiseurs.

En vertu du C.c.Q., les « clauses externes » (c'est-à-dire les modalités contractuelles contenues dans des documents annexes de la convention de franchise) doivent être portées à l'attention des franchisés éventuels lors de la phase précontractuelle pour leur être opposables. Cela peut aussi s'appliquer à certaines dispositions du manuel d'exploitation d'un franchiseur qui s'apparentent à des modalités contractuelles.

La Cour d'appel du Québec a statué que l'obligation d'agir de bonne foi en vertu du C.c.Q. exige qu'un franchiseur porte à l'attention d'un franchisé éventuel toute information qui pourrait avoir un effet déterminant sur la volonté de ce dernier de conclure la convention de franchise (9150-0595 *Québec inc. c. Franchises Cora inc.*, 2013 QCCA 531). Il s'agit d'une forme d'obligation de divulgation préalable à la vente qui s'inscrit dans l'obligation d'agir de bonne foi prévue par le C.c.Q.

Une fois qu'une convention de franchise a été conclue, le C.c.Q. peut également imposer des obligations implicites réelles aux franchiseurs, en dehors des modalités stipulées dans la convention. Dans le contexte du franchisage, les tribunaux québécois ont reconnu des obligations implicites assez larges pour les franchiseurs, en fonction de la nature de la relation de franchise, notamment :



- L'obligation d'informer.
- L'obligation de fournir une assistance technique et commerciale.
- L'obligation de coopérer et collaborer.
- L'obligation de loyauté.
- L'obligation de respecter les attentes raisonnables et les intérêts commerciaux de l'autre partie.
- L'obligation de traiter les parties dans des situations similaires de manière cohérente.
- L'obligation d'aider un cocontractant en difficulté et de réduire le montant des dommages-intérêts contractuels en dépit de clauses contractuelles claires.
- L'obligation de prendre des mesures raisonnables pour protéger la notoriété et la pertinence de la marque.
- L'obligation de ne pas créer de fausses attentes.
- L'obligation d'exercer ses droits de manière raisonnable.

Les obligations susmentionnées incombent au franchiseur à l'avantage de chaque franchisé individuel et de l'ensemble du réseau de franchisés. Les tribunaux québécois se sont fondés sur ces obligations implicites pour sanctionner le comportement de franchiseurs, même lorsque la convention de franchise n'interdisait pas expressément le comportement en question.

Par exemple, dans l'une des principales affaires portant sur l'obligation de coopérer en matière de franchisage, le franchiseur avait élaboré une stratégie de marché qui mettait certains de ses propres magasins d'entreprise en concurrence directe avec ses franchisés. Rien dans la convention de franchise n'empêchait le franchiseur de faire concurrence à ses franchisés et, en fait, la convention de franchise favorisait expressément le franchiseur sur cette question. La Cour d'appel du Québec a cependant jugé que le franchiseur avait violé ses « obligations implicites faisant partie du cercle contractuel élargi ». Selon la Cour, la responsabilité du franchiseur découlait du fait qu'il n'avait pas aidé ses franchisés à s'adapter au changement de système. La Cour a statué que le franchiseur, lié par une obligation d'agir de bonne foi et de faire preuve de loyauté envers ses franchisés, avait le devoir de collaborer avec eux afin de prévenir un préjudice économique ou, à tout le moins, de minimiser les conséquences du changement de système (*Proviso Distribution inc. c. Supermarché A.R.G. inc.*, 1997 CanLII 10209 (QC CA)).



En 2015, la Cour d'appel du Québec a appliqué le précédent établi dans l'affaire *Provigo* dans le contexte d'un litige entre le franchiseur Dunkin Brands et certains de ses franchisés québécois. Sur la base de la théorie des obligations implicites et de l'obligation d'agir de bonne foi, la Cour a interprété la convention de franchise comme comportant une obligation implicite pour le franchiseur qui consistait à protéger et à rehausser sa marque et a conclu qu'il n'avait pas respecté cette obligation. Le franchiseur a été jugé responsable de son inaction face à l'effondrement de la marque sur le marché régional. Plutôt que de répondre aux préoccupations des franchisés concernant le déclin de sa marque, le franchiseur a cherché à leur imposer un programme de rénovation coûteux et a exigé aux franchisés de signer une décharge les empêchant d'intenter une quelconque action en justice contre le franchiseur. La Cour a jugé que le franchiseur avait violé son obligation implicite envers ses franchisés et a accordé à ces derniers des dommages-intérêts importants (*Dunkin Brands Canada Ltd. c. Bertico inc.*, 2015 QCCA 624). Le raisonnement de la Cour d'appel du Québec a été cité avec approbation par la Cour suprême du Canada en 2019 (*Modern Cleaning Concept inc. c. Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec*, 2019 CSC 28).



DROIT IMMOBILIER

Régimes d'enregistrement foncier	82
Lois sur l'aménagement du territoire	83
Opinions sur les titres de propriété et assurance du droit de propriété	84
Évaluations environnementales	85
Propriété par des non-résidents	86
Législation relative aux produits de la criminalité et promoteurs immobiliers	88
Taxes sur le transfert de biens immobiliers au Canada	89
Droits de cession immobilière	90
Taxe fédérale sur les produits et services, taxe de vente provinciale et taxe de vente harmonisée	90
TVQ	91
Financement	91
Formes courantes de propriété	92
Instruments d'investissement courants pour les biens immobiliers au Canada	92
Entente de copropriété	93
Propriété condominiale	94
Prête-noms	94
Caisses de retraite	95

Par Paul Galbraith

DROIT IMMOBILIER

Régimes d'enregistrement foncier

Chaque province canadienne a son propre régime d'inscription des droits immobiliers puisque la législation à cet égard est, selon la Constitution, de compétence provinciale au Canada. En Ontario, par exemple, il y a deux régimes d'enregistrement immobilier : le bureau d'enregistrement des actes et le régime d'enregistrement des titres fonciers. Le bureau d'enregistrement des actes est le plus ancien des deux. Il permet l'enregistrement public des actes instrumentaires relatifs aux biens-fonds et ne garantit pas le statut du titre de propriété.

Toutefois, la plupart des biens de l'Ontario relèvent du régime d'enregistrement des titres fonciers, qui est exploité par la province conformément à la *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers*. La province garantit le titre de propriété foncière enregistré sous ce régime. Lorsque le régime d'enregistrement des titres fonciers s'applique, chaque document soumis à l'enregistrement est attesté par la province et, jusqu'à ce que cette attestation soit terminée, l'enregistrement est sujet à modification à la demande des responsables du bureau d'enregistrement.

Dans les autres provinces, les régimes d'enregistrement varient. Dans les provinces de l'Ouest, par exemple, les biens-fonds relèvent exclusivement des régimes provinciaux d'enregistrement des titres fonciers. Ces régimes, qui sont similaires au régime d'enregistrement des titres fonciers existant en Ontario, créent un « titre irrévocable » valable envers quiconque, sous réserve de certaines exceptions limitées. Dans les provinces de l'Atlantique, les régimes d'enregistrement dominant l'enregistrement immobilier, sauf au Nouveau-Brunswick, où le régime d'enregistrement des titres fonciers englobe la plus grande partie des biens-fonds de la province. Le Québec a son propre régime d'enregistrement des actes immobiliers, qui ressemble en fait davantage à un régime d'enregistrement des actes qu'à un régime d'enregistrement des titres fonciers.

Les provinces du Canada travaillent à la modernisation de leurs régimes d'enregistrement immobilier en automatisant les dossiers papier et en se convertissant aux systèmes électroniques. Dans la plus grande partie du Canada, l'enregistrement et la réception des actes instrumentaires

relatifs aux biens-fonds peuvent se faire par voie électronique. De plus, dans de nombreuses provinces, dont l'Ontario, l'enregistrement se fait en temps réel. En d'autres termes, dès qu'il est enregistré pour un terrain précis, l'acte instrumentaire apparaît sur le titre de propriété de ce terrain.

Lois sur l'aménagement du territoire

Toutes les provinces canadiennes réglementent, dans une certaine mesure, l'aménagement du territoire, et souvent, cette réglementation intervient au niveau municipal. Les plans d'aménagement, règlements de zonage, permis d'aménagement, règlements sur le lotissement et règlements sur la viabilité officiels constituent les principaux outils utilisés par les municipalités pour contrôler l'utilisation et l'aménagement du terrain.

Au niveau provincial, la loi limite le lotissement des biens-fonds dans plusieurs provinces canadiennes. En Ontario, la *Loi sur l'aménagement du territoire* est le principal texte législatif relatif à la réglementation en matière de contrôle de lotissement. En Colombie-Britannique et dans de nombreuses autres provinces, la *Land Title Act* est la principale loi de la province relative à la réglementation en matière de lotissement. De plus, la plupart des provinces ont adopté des lois qui donnent aux municipalités le pouvoir de réglementer le lotissement et la viabilité. Dans la majorité des cas, il faut obtenir l'approbation du lotissement pour les transferts, les plans de lotissement ou les séparations de titre de propriété qui entraînent l'octroi de titres de propriété séparés, de même que pour les baux, les prêts hypothécaires ou les décharges qui concernent une partie d'une parcelle.

LA PLUPART DES PROVINCES ONT ADOPTÉ DES LOIS QUI DONNENT AUX MUNICIPALITÉS LE POUVOIR DE RÉGLEMENTER LE LOTISSEMENT ET LA VIABILITÉ.

Avec quelques exceptions, la *Loi sur l'aménagement du territoire* de l'Ontario interdit tout transfert ou hypothèque de terres ou tout autre accord attribuant des droits à l'égard de terres pendant une période d'au moins 21 ans (qui comprend les baux et les servitudes), à moins que les terres ne soient déjà décrites conformément à un plan de lotissement ou que l'opération n'ait déjà reçu l'approbation de l'organisme d'État compétent. Si l'opération proposée n'entre pas dans le cadre de l'une des exceptions prévues dans la *Loi sur l'aménagement du territoire*, il faut obtenir l'approbation du lotissement avant de pouvoir



effectuer l'opération. Le processus d'obtention de l'approbation prend normalement au moins 90 à 120 jours.

De nombreux changements récemment présentés par le gouvernement de l'Ontario auront une incidence directe sur la manière dont les demandes d'approbation en matière d'aménagement sont préparées, soumises, traitées et portées en appel. Il semblerait que l'objectif de la province ait été d'accorder aux municipalités un plus grand contrôle du processus d'approbation en matière d'aménagement. Toutefois, ces changements pousseront les demandeurs à envisager d'éventuels appels à la Commission des affaires municipales de l'Ontario et à prendre les mesures nécessaires pour que leurs demandes aient dès le début la forme convenant à la Commission. Pour cette raison, il est recommandé de faire appel à un conseiller juridique expérimenté le plus tôt possible dans le processus en matière d'aménagement.

Plusieurs lois provinciales (y compris les lois de l'Ontario) prévoient qu'aucun acte immobilier n'est créé ou transféré par une opération irrégulière contraire à la loi d'application. Les investisseurs dans le domaine du droit immobilier au Canada doivent tenir compte de l'application éventuelle des réglementations en matière de contrôle du lotissement, tant au niveau provincial qu'au niveau municipal, lorsqu'ils envisagent le lotissement et l'aménagement de biens-fonds.

Opinions sur les titres de propriété et assurance du droit de propriété

Il n'est pas obligatoire d'enregistrer les droits fonciers. Cela dit, il faut absolument enregistrer les droits au bureau d'enregistrement approprié afin de protéger la priorité du propriétaire sur les droits enregistrés subséquents et de protéger le propriétaire contre les pertes relatives à un tiers de bonne foi. Au moment d'une acquisition, outre l'enregistrement d'un acte au bureau d'enregistrement approprié, l'opinion d'un avocat sur le titre de propriété est généralement transmise à l'acquéreur après la clôture de l'opération.

De plus en plus de gens préfèrent cependant souscrire à une assurance de droit de propriété plutôt que de demander l'opinion traditionnelle de l'avocat sur le titre de propriété, en particulier les prêteurs (qui bénéficient ainsi d'une plus grande protection). Contrairement à l'opinion traditionnelle d'un avocat sur le titre de propriété, l'assurance de droit

de propriété fournit une protection contre les risques cachés, comme la fraude, la contrefaçon et les erreurs dans l'information fournie par des tiers (p. ex. un ministère du gouvernement). La fraude, en particulier, peut occasionner des pertes importantes, et c'est un risque qu'un assureur de titres de propriété peut généralement mieux assumer. (Veuillez toutefois noter que les biens à usage commercial ne sont habituellement assurés qu'à l'égard de la fraude survenue avant la date d'établissement de la police.) De plus, contrairement à l'opinion traditionnelle de l'avocat sur les titres de propriété, l'assurance du droit de propriété est un contrat de responsabilité stricte; le titulaire de la police n'est pas tenu de prouver que l'assureur a été négligent pour être dédommagé pour la perte assurée (jusqu'à concurrence du montant assuré, qui correspond généralement au prix d'achat dans le cas d'un propriétaire, et au montant du prêt hypothécaire dans le cas d'un prêteur).

Il y a deux types de polices d'assurance du droit de propriété possibles : i) la police d'assurance du propriétaire, qui protège l'acquéreur contre les pertes ou dommages découlant de litiges relatifs aux biens; et ii) la police d'assurance du prêteur, qui protège le prêteur contre les pertes ou dommages découlant de l'invalidité ou de l'inexigibilité du droit de rétention du prêt hypothécaire assuré.

Alors que les avantages de la police d'assurance du propriétaire prennent fin quand le titulaire assuré cesse d'être propriétaire du titre de propriété, les avantages de la police d'assurance du prêteur sont automatiquement transférés aux successeurs ou ayants droit assurés du prêteur, ce qui facilite la vente d'hypothèques sur le marché secondaire.

Il existe une vaste gamme de polices d'assurance de droit de propriété assorties de primes diverses et il n'y a aucune réglementation relativement au coût de l'assurance du droit de propriété au Canada. Les primes sont négociées et, lorsqu'une prime est versée à l'assureur de titres de propriété, cette prime constitue la contrepartie de la police et de tous les avenants (le prix total étant habituellement inférieur au prix combiné des primes et des avenants aux États-Unis).

Évaluations environnementales

Au Canada, il existe un cadre législatif aux niveaux provincial et fédéral qui régit les devoirs des propriétaires fonciers en matière d'entreposage, de déversement et d'élimination des contaminants et d'autres matières

dangereuses qui se trouvent sur leur propriété. La responsabilité civile en cas de mauvaises pratiques environnementales est rattachée au terrain et peut donc être transférée aux futurs propriétaires. Dans certaines circonstances, le tuteur des biens, comme le locataire, peut être responsable de la contamination du terrain. Il incombe en outre à l'acquéreur potentiel d'inspecter la propriété et d'évaluer les risques environnementaux, étant donné que les fonctionnaires canadiens ne peuvent attester que les propriétés sont sans risque pour l'environnement. Au Canada, les prêteurs commerciaux demandent généralement que la propriété fasse l'objet d'une évaluation environnementale avant d'avancer les fonds.

**LA RESPONSABILITÉ
EN CAS DE MAUVAISES
PRATIQUES
ENVIRONNEMENTALES
EST RATTACHÉE AU
TERRAIN ET PEUT DONC
ÊTRE TRANSFÉRÉE AUX
FUTURS PROPRIÉTAIRES.**

Propriété par des non-résidents

Les non-résidents peuvent généralement acheter, détenir et aliéner des biens immobiliers au Canada comme s'ils étaient des résidents du Canada aux termes de la *Loi sur la citoyenneté fédérale* mais sous réserve des restrictions énoncées dans la *Loi sur l'interdiction d'achat d'immeubles résidentiels par des non-Canadiens*. En outre, chaque province a le droit de restreindre l'acquisition de biens-fonds par des particuliers qui ne sont pas des citoyens ou des résidents permanents, ainsi que par des sociétés et des associations contrôlées par ces personnes. Par exemple, au Québec, un non-résident (un particulier, une société ou une autre personne morale) n'a pas le droit, directement ou indirectement, d'acquérir des terres agricoles, sauf avec l'autorisation de la *Commission de protection du territoire agricole du Québec*.

Chaque province a des lois différentes quant aux particularités de la propriété étrangère des biens immeubles au Canada. En Ontario, par exemple, les non-citoyens ont les mêmes droits que les Canadiens quant à l'acquisition, la détention et l'aliénation de biens immeubles, même si des sociétés constituées dans d'autres territoires que l'Ontario doivent obtenir un permis d'acquisition, de détention ou de transfert de biens immeubles. Les non-résidents qui aliènent des biens immeubles situés au Canada sont assujettis aux exigences de retenue d'impôt aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu (LIR)*, fédérale, comme décrit ci-dessous.

Aux règles susmentionnées s'ajoutent les exigences de la Loi fédérale sur *l'interdiction d'achat d'immeubles résidentiels par des non-Canadiens* et de ses règlements connexes. À compter du 1^{er} janvier 2023 et jusqu'au 1^{er} janvier 2025 (sauf prolongation par une autre loi), il est interdit aux « Non-Canadiens » (par opposition aux non-résidents) d'acheter des « immeubles résidentiels » dans toute agglomération de recensement ou région métropolitaine de recensement (par exemple, la plupart, voire la totalité, des municipalités de taille moyenne à grande).

**LES NON-RÉSIDENTS
QUI DISPOSENT D'UN
BIEN IMMEUBLE
SITUÉ AU CANADA
SONT ASSUJETTIS À
DES EXIGENCES DE
RETENUE D'IMPÔT
EN VERTU DE LA LOI
FÉDÉRALE DE L'IMPÔT
SUR LE REVENU.**

La notion de « non-Canadiens » est définie de manière large et inclut :

- i) tout citoyen d'un pays autre que le Canada;
- ii) toute société ou entité dont 10 % des participations dans le capital ou 10 % des droits de vote sont détenus par un citoyen d'un pays autre que le Canada;
- iii) toute société ou entité qui n'est pas constituée en vertu des lois d'une province canadienne ou des lois fédérales du Canada;
- iv) toute société ou entité cotée en bourse qui est contrôlée par une autre entité « non canadienne » et qui n'est pas enregistrée auprès d'une bourse désignée en vertu de l'art. 262 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Par « immeuble résidentiel », on entend : i) toute maison individuelle ou tout bâtiment similaire ne contenant pas plus de trois logements d'habitation; et ii) les parties de bâtiments constituant des maisons jumelées, en rangée ou en copropriété, destinées à être détenues séparément. Notons que la définition initiale d'« immeuble résidentiel » est extrêmement large et contient une référence au « zonage à vocation mixte », ce qui a fait en sorte que de nombreux immeubles commerciaux ou industriels sont considérés comme des « immeubles résidentiels ». Le Règlement susmentionné a été modifié le 27 mars 2023 afin d'éliminer l'inclusion de ce type d'immeubles, de sorte que la *Loi sur l'interdiction d'achat d'immeubles résidentiels par des non-Canadiens* s'applique uniquement à ce qui serait communément considéré comme un immeuble résidentiel.

Nonobstant à la restriction susmentionnée, le règlement d'application de la *Loi sur l'interdiction d'achat d'immeubles résidentiels par des non-Canadiens* prévoit que l'acquisition d'un « immeuble résidentiel » par

un « non-Canadien » à des « fins de développement » n'enfreint pas la Loi. Bien qu'il n'existe de jurisprudence, de législation ou de réglementation régissant ou définissant les termes « à des fins de développement », il est entendu que le fait d'avoir l'intention de bonne foi de développer ou de réaménager, de collaborer avec l'organisme de réglementation local de l'aménagement du territoire ou du zonage et d'autres professionnels (par exemple, des architectes, ingénieurs, avocats, planificateurs) dans le cadre de l'aménagement proposé ou en proposant un changement d'utilisation d'un immeuble constituera un « développement ». À l'inverse, l'acquisition d'un bien immobilier dans le but d'en faire un crédit-bail ou de le louer à des locataires, ou encore de gérer un portefeuille locatif ne constituera probablement pas un « développement », pas plus que la réalisation de réparations, de rénovations ou de modifications similaires d'un immeuble résidentiel existant.

Bien que la *Loi sur l'interdiction d'achat d'immeubles résidentiels par des non-Canadiens* ne s'applique généralement pas aux immeubles commerciaux, des conseils juridiques doivent être sollicités pour s'assurer de sa conformité, car toute infraction à la loi entraîne la culpabilité du contrevenant (et de toute partie qui incite, aide, encourage, conseille ou tente de le faire) pour une infraction au *Code criminel*.

Législation relative aux produits de la criminalité et promoteurs immobiliers

En janvier 2008, la *Loi fédérale sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* a été modifiée et de nouveaux règlements ont été apportés en vertu de cette loi. Entrés en vigueur le 20 février 2009, ces modifications et règlements visent les opérations mettant en cause, entre autres groupes, les promoteurs immobiliers (habituellement définis comme étant ceux qui vendent de nouveaux aménagements au public, autrement qu'à titre de courtiers en immeubles ou de représentants). Les modifications apportées imposent des exigences relatives aux rapports et aux documents à conserver, ainsi qu'en matière de déclaration obligatoire aux promoteurs immobiliers, qui sont tenus de déclarer les opérations douteuses, les opérations importantes au comptant et tout bien en leur possession, détenu ou contrôlé par des terroristes. Ils doivent aussi tenir des registres des fonds reçus, des opérations importantes au comptant et des renseignements concernant les clients, conserver des exemplaires des documents officiels de la société et des rapports sur les opérations douteuses, et vérifier l'identité de toute personne i) qui effectue une opération importante

au comptant (en prenant des mesures raisonnables pour établir si cette personne agit pour le compte d'un tiers); ii) pour qui, ils doivent tenir une fiche de renseignements clients ou un relevé d'encaissement de fonds; et iii) pour qui ils doivent envoyer un rapport sur les opérations douteuses. Ils doivent aussi mettre en place un régime de conformité prévoyant, notamment, la nomination d'un responsable de la conformité, des politiques écrites de conformité et des programmes de formation continue en matière de conformité. Les promoteurs immobiliers qui omettent de se conformer à ces exigences peuvent se voir imposer des sanctions pénales ou administratives.

Taxes sur le transfert de biens immobiliers au Canada

Obligations de retenue

La LIR contient des dispositions qui protègent la capacité du Canada de percevoir des impôts lorsqu'un non-résident dispose d'un « bien canadien imposable » (notamment des biens immobiliers situés au Canada).

À moins que i) l'acheteur n'ait aucune raison de croire, après avoir fait les enquêtes raisonnables, que le vendeur n'est pas un non-résident du Canada; ii) l'acheteur conclue, après une enquête raisonnable, que la personne non résidente est résidente d'un pays avec lequel le Canada a conclu une convention fiscale, le bien disposé serait un « bien protégé par traité » si le non-résident était résident de ce pays et que l'acheteur remet à l'Agence du revenu du Canada l'avis exigé; ou iii) l'acheteur n'ait reçu un certificat approprié à l'égard de la disposition, délivré par l'Agence du revenu du Canada, l'acheteur sera tenu de payer au titre de l'impôt pour le compte du non-résident jusqu'à 25 % du prix d'achat du bien-fonds situé au Canada, considéré comme une immobilisation, et jusqu'à 50 % du prix d'achat du fonds de terre situé au Canada, des immeubles et d'autres actifs immobilisés amortissables. Si le vendeur non résident ne fournit pas à l'acheteur un certificat approprié (ou si l'acheteur est d'avis que les conditions de i) ou ii) ci-dessus ne sont pas respectées), l'acheteur déduira généralement du prix d'achat le montant à l'égard duquel l'acheteur serait autrement responsable. La législation fiscale québécoise impose des exigences similaires en ce qui concerne la disposition d'immeubles situés dans la province de Québec. Il est important de noter que les gains réalisés par un non-résident lors de la disposition de biens immobiliers canadiens ne sont généralement pas, sous réserve de certaines exceptions, exemptés de l'impôt aux termes des traités du Canada et que, dans la plupart des cas, les biens immobiliers ne seront pas admissibles en tant que « biens protégés par traité » au

sens de la LIR. Par conséquent, à moins d'un certificat approprié, la plupart des acheteurs qui acquièrent des biens immobiliers auprès de non-résidents retiendront du prix d'achat le montant de la retenue et le remettront à l'autorité fiscale pertinente.

Droits de cession immobilière

Dans toutes les provinces canadiennes, les droits de cession immobilière (ou, en Alberta, les « droits d'enregistrement ») sont généralement imposés aux acheteurs lorsqu'ils acquièrent un intérêt foncier (y compris, en général, un bail de plus de 40 ou 50 ans, bien que le seuil soit de 30 ans en Colombie-Britannique), par un acte de cession enregistré et, dans certains cas, par disposition non enregistrée.

Les taux provinciaux varient sensiblement. En Ontario, par exemple, les droits de cession immobilière sont calculés selon la « valeur de la contrepartie » versée pour le droit transféré, tandis qu'en Alberta, les droits imposés à l'acheteur sont fondés sur la valeur du bien-fonds acquis. En Colombie-Britannique, l'impôt est calculé sur la « juste valeur marchande » du droit transféré. Au Québec, le calcul est fait en fonction de l'imposition qui correspond au plus élevé des montants suivants : i) la contrepartie versée pour la cession, ii) la contrepartie stipulée pour la cession, et iii) la valeur marchande du bien immobilier au moment de sa cession. Il est à noter que la Ville de Toronto a récemment demandé des droits de cession immobilière supplémentaires pour les mutations dans la ville, qui sont à peu près équivalents aux droits de cession immobilière de l'Ontario (ce qui équivaut essentiellement à la duplication du total des droits de cession immobilière exigibles lorsqu'un bien immobilier est cédé à Toronto). Par ailleurs, la Ville de Montréal fixe, par règlement, un taux supérieur à celui prévu en vertu de la législation provinciale pour le calcul des droits visant toute partie de la base d'imposition en excédent de 500 000 \$ CA.

Taxe fédérale sur les produits et services, taxe de vente provinciale et taxe de vente harmonisée

Au Canada, la taxe sur les produits et services (TPS), actuellement de 5 %, est généralement payable lors de la fourniture d'un bien immobilier (ce qui comprend la vente). Voir la section **Taxe de vente et autres taxes — Taxe sur les produits et services fédérale**. Il incombe au vendeur de percevoir la TPS auprès de l'acheteur à l'égard de la vente des biens immeubles, sauf si l'acheteur est inscrit aux fins de la TPS et tenu de

déterminer lui-même la TPS applicable. La cession d'un immeuble résidentiel précédemment acquis n'est pas assujettie à la TPS (sauf si cet immeuble résidentiel a fait l'objet de « rénovations majeures »).

Dans les provinces qui ont « harmonisé » leur taxe de vente provinciale avec la TPS, le taux de la taxe de vente harmonisée (TVH) doit généralement être payé sur la vente de tout immeuble non résidentiel et sur tout immeuble résidentiel neuf ou ayant fait l'objet de rénovations majeures, de la même façon que pour la TPS.

Les mêmes règles d'auto-évaluation qui s'appliquent aux fins de la TPS s'appliquent aussi aux fins de la TVH.

TVQ

La province de Québec a harmonisé la taxe de vente du Québec (TVQ), et les mêmes règles s'appliquent aux biens immobiliers (immeubles) au Québec comme aux fins de la TPS/TVH.

Financement

Il est possible de structurer le financement immobilier pour des biens immobiliers commerciaux, industriels, de détail, résidentiels multifamiliaux et plurifonctionnels, ainsi que des copropriétés, hôtels, casinos et autres types de biens-fonds de diverses manières, notamment au moyen :

- de prêts hypothécaires ordinaires;
- de financement sur les marchés de capitaux publics et privés;
- de prêts de portefeuille;
- de financement d'acquisitions;
- de financement permanent;
- de financements obligataires publics et privés;
- de syndications;
- de restructurations;
- de titrisation.

Les banques, les caisses de retraite, les coopératives de crédit, les sociétés de fiducie et d'autres entités accordent ce genre de financement moyennant des modalités de crédit qui varient en fonction de l'opération et des risques connexes. Différentes combinaisons de taux et de durées sont offertes. Voir la section **Prêts bancaires et autre capital d'emprunt**.

Divers instruments servent de garantie principale à des biens immobiliers au Canada, par exemple hypothéquer ou grever, émettre une débenture comprenant une charge fixe sur les biens immobiliers et les actes de fiducie, garantissant des obligations hypothécaires (lorsque plus d'un prêteur est impliqué). Les sûretés supplémentaires comprennent généralement les cessions de loyers, de baux et d'autres contrats, les garanties et les contrats de sûreté générale.

Formes courantes de propriété

Au Canada, les acquisitions d'actifs et acquisitions de parts sont généralement courantes. Les opérations immobilières prennent habituellement les formes suivantes dans ce pays : la propriété franche, la propriété condominiale, les hypothèques et charges, les servitudes et le crédit-bail. Au Québec, où le régime immobilier est fondé sur les notions du droit civil, ces formes de propriété ou d'intérêt foncier ont toutes leurs équivalents, mais elles s'accompagnent aussi d'autres types de droits, principalement fondés sur le droit de superficie et le droit de construire.

Les aménagements sur les terres autochtones sont assujettis à un ensemble spécial de régimes juridiques qui régissent les titres de propriété et les contrats de garantie. Voir la section **Droit autochtone**.

Instruments d'investissement courants pour les biens immobiliers au Canada

Il existe diverses façons d'investir dans les biens immobiliers au Canada, dont les sociétés par actions, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite, les fiducies, les copropriétés et les propriétés condominiales (communément appelées condominiums). Voir la section **Structures organisationnelles**.

Chacun de ces instruments a ses propres nuances et, grâce à une planification minutieuse et à des conseils juridiques, les investisseurs sur le marché immobilier canadien peuvent structurer leurs investissements de manière à profiter au maximum, à des fins fiscales ou autres, des

IL EXISTE DIFFÉRENTES
POSSIBILITÉS
D'INVESTISSEMENT
DANS LES BIENS
IMMOBILIERS AU
CANADA, DONT
LES SOCIÉTÉS PAR
ACTIONS, LES SOCIÉTÉS
DE PERSONNES,
LES SOCIÉTÉS EN
COMMANDITE,
LES FIDUCIES, LES
COPROPRIÉTÉS
INDIVISES ET LES
COPROPRIÉTÉS
CONDOMINIALES.

alternatives disponibles. Une fiducie de placement immobilier (FPI) constitue un type particulier de fiducie, par lequel un fiduciaire convient de détenir des actifs immobiliers au profit des porteurs de parts en tant que bénéficiaires de la fiducie. Le fiduciaire (ou plus souvent, un mandataire de la société) préserve le titre de propriété des biens immobiliers de la fiducie. L'un des inconvénients de cet instrument est qu'en vertu de la common law, les bénéficiaires d'une fiducie sont potentiellement assujettis à une responsabilité illimitée. Les documents commerciaux sont toutefois généralement rédigés de manière à limiter cette responsabilité pouvant découler relativement aux actifs ou aux opérations commerciales de la fiducie. À l'instar des actions de sociétés, les parts de FPI peuvent être détenues de manière publique ou privée. Les parts de FPI publiques peuvent être cotées en bourse, comme les actions ordinaires, et les titres de FPI peuvent être considérés comme des titres de participation, des créances hypothécaires ou des titres hybrides.

La structure de la FPI est similaire à celle des fonds communs de placement pour l'investissement dans des actions. Actuellement, l'un des principaux avantages d'une FPI est que, si son revenu est distribué aux porteurs de parts, il sera imposé entre leurs mains selon leur taux marginal plutôt qu'au niveau de la FPI. Les FPI ont généralement été exclues des modifications de la législation, visant l'imposition des fiducies de revenu, adoptées par le gouvernement fédéral en 2007. Ces modifications exigent que les fiducies de revenu soient imposées de la même manière que les sociétés à compter de l'année fiscale 2011. Des conseils juridiques sont souvent nécessaires pour déterminer si une FPI particulière est visée par les dispositions d'exclusion et pour s'assurer que la FPI demeure admissible à l'exclusion.

Entente de copropriété

Une entente de copropriété est généralement utilisée lorsque la responsabilité solidaire n'est pas souhaitable. Les avantages d'une convention d'indivision comprennent les éléments suivants : i) chaque copropriétaire reçoit sa quote-part des revenus et paie sa quote-part des dépenses; ii) chaque copropriétaire décide sa propre déduction pour amortissement, sous réserve des règles de la LIR; et iii) chaque copropriétaire peut vendre, hypothéquer ou autrement gérer séparément sa participation.

Propriété condominiale

La propriété condominiale constitue une forme de propriété immobilière dans laquelle le propriétaire reçoit le titre de propriété d'une unité particulière et détient un droit de participation proportionnel dans certaines parties communes. Des conseils juridiques sont nécessaires pour s'assurer que les projets de propriétés condominiales répondent à l'ensemble des politiques locales et des exigences législatives, notamment sur les plans suivants :

- la structure du projet : les installations communes et partagées, les parties à usage exclusif, les installations commerciales par rapport aux installations résidentielles, l'échelonnement des travaux et les associations communautaires;
- la vente préalable de parts — la préparation d'états de divulgation immobilière ou de prospectus, en conformité avec la réglementation sur les valeurs mobilières et la précommercialisation;
- l'enregistrement des plans de propriété condominiale, des déclarations, des descriptions et des règlements, ainsi que l'élaboration de politiques d'aménagement;
- la clôture et la cession des différentes unités.

Les questions soulevées peuvent notamment porter sur l'obtention de dispenses auprès du commissaire aux valeurs mobilières d'une province donnée, afin d'autoriser la vente de parts dans un syndicat de location sans prospectus..

Prête-noms

Les sociétés en commandite, les FPI, les fiducies et même certaines sociétés par actions vont souvent structurer leurs activités commerciales de sorte qu'une entité distincte, habituellement une société à but unique, détient le titre enregistré du bien immobilier en tant que « nu-fiduciaire », « mandataire », ou « prête-nom » pour le propriétaire véritable. Tant aux fins fiscales qu'aux fins comptables, le bien appartient au propriétaire véritable et figure dans son bilan; ce bien n'est pas la propriété du prête-nom. Bien que les contrats de prête-nom puissent être utilisés pour plusieurs raisons, ils sont souvent mis en place pour faciliter le traitement des biens dans le régime d'enregistrement foncier, lorsque la structure de propriété sous-jacente est complexe — soit pour permettre la confidentialité de la propriété véritable du bien, soit pour faciliter les

réorganisations de sociétés ou les transferts à des tiers avec report des droits de cession de biens-fonds.

Caisses de retraite

Au cours des dernières années, les caisses de retraite canadiennes ont augmenté de façon constante leur présence sur le marché immobilier canadien grâce à l'acquisition de divers portefeuilles, dont des immeubles de bureaux de catégorie A et des centres commerciaux. En fait, les capitaux des caisses de retraite ont récemment dépassé les capitaux immobiliers publics comme principal moteur des grandes opérations immobilières au Canada. Les caisses de retraite qui investissent dans l'immobilier doivent respecter des règles nationales et provinciales strictes pour conserver leur statut d'exonération d'impôt.

**POUR EN SAVOIR PLUS,
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC L'UNE DES PERSONNES SUIVANTES :**

Paul Galbraith

pgalbraith@mccarthy.ca

416-601-8070

INFRASTRUCTURES

Par Jim Janetos et Morgan Troke



INFRASTRUCTURES

Le gouvernement canadien utilise différents modèles d'exécution pour acquérir et réaliser des projets et des services d'infrastructure répondant aux engagements de la fonction publique. Ces grands projets d'infrastructures constituent un élément clé des plans de relance économique du Canada et de toutes les provinces.

L'un des modèles d'exécution utilisé avec le plus de succès au Canada pour exécuter de grands projets d'infrastructures est le modèle de partenariat public-privé (« **PPP** »).

Le Canada jouit présentement d'un marché des PPP établi et robuste, où les projets de PPP proviennent de secteurs d'activité variés, notamment les trains légers sur rail et le transport en commun, les routes, les ponts, les hôpitaux et les soins de santé, la justice et les services correctionnels, les écoles, les services récréatifs et la culture, les services d'aqueduc et des eaux usées, les aéroports et l'aviation civile, les ports, l'énergie, les universités, les services gouvernementaux, la gestion immobilière, les centres de données, la défense et les communications. Au cours des 20 dernières années, l'expérience, l'expertise et les capacités liées aux projets de PPP au Canada se sont considérablement développées tant chez les autorités publiques responsables de l'adjudication des infrastructures que chez les investisseurs, les entreprises de construction et les prestataires de services qui participent à ces projets.

Malgré le succès du modèle d'exécution PPP, les autorités publiques canadiennes responsables de l'adjudication créent d'autres modèles pour remédier à l'augmentation des pressions sur le marché. Ces pressions sont liées à certaines répartitions des risques au sein du modèle PPP et d'autres modèles d'exécution traditionnels. L'un des récents modèles émergeant intègre une nouvelle phase dans le calendrier d'exécution du projet : une période durant laquelle l'autorité publique et le secteur privé travaillent en collaboration afin de concevoir le projet, de réduire les risques de construction et d'exécution (ou de les déceler plus précisément) et d'achever la fixation des coûts du projet d'infrastructure. Ce modèle, couramment appelé le « modèle conception-construction progressif » ou le « modèle P3 progressif », est actuellement utilisé au Canada dans le cadre de projets complexes de transport en commun et d'hôpitaux.

L'expérience acquise dans le cadre des nombreux projets récents a permis de développer des processus d'attribution des marchés publics qui



répartissent les risques de manière raisonnable entre le secteur public et le secteur privé, et qui assurent donc l'optimisation des ressources pour le public. Ces projets sont ainsi réalisés selon un processus clair et concurrentiel qui est constamment perfectionné par l'intégration de « pratiques exemplaires » communes et uniformes, à l'échelle canadienne.

Le marché canadien des infrastructures est hautement concurrentiel et regroupe des constructeurs, des prestataires de services, des fournisseurs de capitaux et des prêteurs nationaux et étrangers. La plupart des projets canadiens n'ont pas d'exigence d'approvisionnement local et les sociétés internationales sont encouragées à y participer. Toutefois, les équipes de projet doivent suivre un processus de préqualification pour pouvoir répondre à une demande de propositions, et, habituellement, seulement trois équipes sont retenues, ce qui explique pourquoi les acteurs internationaux de petite taille accèdent souvent au marché comme membres d'un consortium.

**L'EXPÉRIENCE ACQUISE
DANS LE CADRE
DES NOMBREUX
PROJETS RÉCENTS A
PERMIS DE DÉFINIR
UN PROCESSUS
D'ATTRIBUTION DES
MARCHÉS PUBLICS
QUI RÉPARTIT LES
RISQUES DE MANIÈRE
RAISONNABLE
ENTRE LES ACTEURS
ET QUI ASSURE
L'OPTIMISATION DES
RESSOURCES POUR
LE PUBLIC.**

Les banques internationales ont été d'importantes intervenantes dans le domaine du financement des infrastructures en PPP jusqu'en 2008, mais cette participation s'est depuis amoindrie. Aujourd'hui, les sources de financement sont des banques canadiennes principalement, avec un plus petit nombre de banques internationales (pour le financement par emprunt, surtout durant la phase de construction), et un marché actif de placements privés et d'obligations à grande distribution au Canada et aux États-Unis (en particulier pour les emprunts à plus long terme).

En général, le gouvernement soutient fortement les projets d'infrastructure au Canada, au niveau fédéral et provincial (bien que cela varie quelque peu en fonction des provinces) puisque les méthodes présentement utilisées pour acquérir et exécuter les projets ont démontré une réduction du retard au chapitre des infrastructures.

Le gouvernement fédéral ainsi que les gouvernements provinciaux et municipaux du Canada ont mis sur pied des agences spécialisées pour gérer le processus lié aux PPP afin de terminer la réalisation de projets d'infrastructures. Au nombre de ces agences figurent: Infrastructure

Ontario, Infrastructure BC, Alberta Infrastructure, Infrastructure Québec, SaskBuilds, le ministère des Transports et du Renouvellement de l'infrastructure de la Nouvelle-Écosse et Partenariats Nouveau-Brunswick. De plus, le gouvernement fédéral canadien a mis sur pied la Banque de l'infrastructure du Canada, une société d'État canadienne qui exerce ses activités sans lien de dépendance avec le gouvernement. La Banque de l'infrastructure du Canada a pour mission de travailler avec des partenaires d'investissement provinciaux, territoriaux, municipaux, fédéraux, autochtones et du secteur privé pour bâtir des infrastructures partout au Canada (en mettant l'accent sur des projets transformateurs et de grande envergure comme des plans de transport en commun régionaux, des énergies propres, des réseaux de transports et des interconnexions entre réseaux de distribution d'électricité) en apportant un soutien fédéral à ces partenaires, de manière à assurer la viabilité commerciale de leurs projets. En plus des promoteurs publics, les grandes caisses de retraite et les sociétés de capital d'investissement tendent de plus en plus à cibler les projets majeurs d'infrastructures qui pourraient convenir à leurs portefeuilles (en partant du principe que les risques de construction et d'exécution sont ou seront clairement établis) et à les promouvoir activement au sein du gouvernement. À titre d'exemple, CDPQ Infra, une filiale de la Caisse de dépôt et placement du Québec, a proposé le projet du Réseau express métropolitain (REM) à Montréal, un réseau de train léger de 67 km pour la région du Grand Montréal.

Il existe plusieurs modèles différents de PPP au Canada, notamment « construction-financement », « conception-construction-financement », « conception-construction-financement-entretien » et « concession ». Dans chaque cas, la rémunération de l'entité responsable du projet prend la forme de paiements par étape (souvent versés à l'achèvement d'une partie substantielle de la construction), de paiements de disponibilité, ou d'une rémunération à travers les revenus du projet ou enfin une combinaison de ceux-ci. Dans un PPP « conception-construction-financement-entretien » standard :

- une entité privée (habituellement un consortium composé d'un ou de plusieurs fournisseurs de capitaux propres ainsi que d'un entrepreneur en construction et/ou d'un prestataire de services) [la société exploitante du projet] et l'entité gouvernementale/du secteur public concluent un contrat unique en vertu duquel la société exploitante du projet accepte la responsabilité de la conception, de la construction, du financement et de l'entretien de l'actif d'infrastructure;

- le projet est exécuté par la société exploitante qui sous-traite la conception et la construction de l'infrastructure à un entrepreneur, et l'exploitation et l'entretien de l'actif d'infrastructure à un prestataire de services;
- l'obligation d'exploitation et d'entretien se prolonge sur une longue période (habituellement de 25 à 35 ans), et est assortie de conditions de rétrocession prédéfinies;
- les exigences en matière d'exploitation et d'entretien sont fondées sur la performance;
- les coûts de construction sont principalement financés par capitaux propres et par emprunt, et les paiements provenant du gouvernement ou de l'entité du secteur public commencent à l'achèvement de la construction et se poursuivent tout au long de la période d'exploitation et d'entretien (avec des versements intermédiaires en cours de construction dans certains cas); et
- les paiements du gouvernement ou de l'entité du secteur public font l'objet de déductions en cas de défaillance dans la prestation des services.

Le modèle d'exécution « conception-construction-financement-entretien » progressif émergent modifie les caractéristiques du PPP « conception-construction-financement-entretien » standard en y ajoutant une phase de développement. Durant cette phase, l'entité gouvernementale ou du secteur public et l'entité du secteur privé conviennent contractuellement de collaborer, pour une durée précise, afin de faire avancer la conception du projet d'infrastructure, de déceler les risques de construction et les risques d'exécution associés et d'établir le coût de ces risques. Cette phase de développement précède la signature de l'entente relative au projet « conception-construction-financement-entretien » du projet.

Chaque province du Canada a des exigences qui lui sont propres en matière de réglementation et de législation, mais il y a d'importantes similitudes dans le processus d'attribution des marchés publics et dans la documentation. Les autorités canadiennes ayant recours aux PPP et à d'autres modèles d'exécution ont un même désir d'utiliser un processus efficace et constant, suivi d'une courte période de passation du marché. Le processus est administré par des organismes disposant d'effectifs suffisants et expérimentés, qui publient les documents de demande de propositions et les ententes de projet, de même que des rapports sur l'optimisation des ressources. L'approvisionnement se veut transparent

et peut faire l'objet d'une supervision par un « surveillant de l'équité ». Tous les éléments du processus d'attribution des marchés publics sont de plus en plus normalisés.

Chaque autorité responsable des marchés publics tend à utiliser ses propres processus de demande de propositions et exigences de soumission pour la plupart ou tous les types de projets : documents d'appel d'offres communs, processus de négociation identique et protocoles de clôture établis. Dans le cadre de PPP, les soumissions doivent proposer un prix fixe et inclure un financement engagé ou souscrit. Même s'il est toujours assez court, le délai entre la sélection de l'adjudicataire du projet et la clôture peut varier en fonction des documents convenus et du financement engagé au moment de la soumission.

Tous les paliers de gouvernement ont constaté les avantages que leur procurent les PPP, et désormais le modèle d'exécution progressif, pour acquérir et réaliser leurs projets d'infrastructure et fournir les services publics connexes. Ainsi, le marché canadien des infrastructures devrait demeurer actif au cours des prochaines années.

**POUR EN SAVOIR PLUS,
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC L'UNE DES PERSONNES SUIVANTES :**

Pour les demandes provenant du secteur privé (investisseurs, constructeurs, prestataires de services et prêteurs) :

Linda Brown

lbrown@mccarthy.ca

604-643-7191

Pour les demandes provenant du secteur public et des autorités responsables des marchés publics :

Godyne Sibay

gsibay@mccarthy.ca

416-601-7748

mccarthy.ca

CHAQUE AUTORITÉ RESPONSABLE DES MARCHÉS PUBLICS TEND À UTILISER SES PROPRES PROCESSUS DE DEMANDE, DE PROPOSITIONS ET D'EXIGENCES DE SOUMISSION POUR LA PLUPART OU TOUTS LES TYPES DE PROJETS : DOCUMENTS D'APPEL D'OFFRES COMMUNS, PROCESSUS DE NÉGOCIATION IDENTIQUE ET PROTOCOLES DE CLÔTURE ÉTABLIS.

DROIT AUTOCHTONE

Aperçu	103
Compétence législative à l'égard des Autochtones	104
Droits et intérêts des Autochtones	104
Traités	106
Consultation et accommodement	106
Ententes réussies avec les groupes autochtones	109
Projets sur des terres autochtones	110
Conclusions	111

Par Bryn Gray

DROIT AUTOCHTONE

Les opérations commerciales et les projets d'affaires au Canada peuvent concerner ou intéresser les communautés autochtones et toucher des enjeux législatifs canadiens se rapportant aux Autochtones. Bon nombre d'entreprises ont déjà collaboré et conclu des partenariats avec des communautés autochtones. Il s'agit toutefois d'un domaine de droit et de pratique qui évolue rapidement, et une gestion efficace des enjeux autochtones est essentielle pour assurer la réussite des projets. Quand la proposition d'une opération ou d'un projet soulève des questions autochtones, il est important de les étudier en fonction du droit actuel et en fonction des pratiques d'affaires prudentes, et d'élaborer les stratégies d'affaires les plus susceptibles d'apporter les résultats souhaités.

Aperçu

L'acquisition et l'aménagement des terres, et la mise en valeur du territoire et des ressources naturelles au Canada mettent souvent en cause les droits et les revendications autochtones. C'est particulièrement le cas avec les projets des secteurs de l'énergie, de l'exploitation minière, de la foresterie et du transport, qui ont souvent une incidence potentielle sur des terres et des cours d'eau visés par des revendications de droits ou titres ancestraux.

À titre d'information, il existe trois peuples autochtones distincts au Canada reconnus dans la *Loi constitutionnelle de 1982* : les Premières Nations, les Inuits et les Métis. Parmi ces groupes, on compte 619 bandes visées par la *Loi sur les Indiens* (qui représentent environ 50 Premières Nations distinctes), 53 communautés inuites situées dans quatre régions distinctes, et six organisations provinciales et territoriales représentant les Métis. D'importantes différences culturelles et historiques existent entre ces groupes et au sein de ceux-ci, et la nature et l'étendue de leurs droits revendiqués ou établis varient considérablement.

En 1982, les droits ancestraux et issus de traités des Premières Nations, des Métis et des Inuits au Canada ont acquis une protection constitutionnelle par l'adoption de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Bien que cet article ait accru de façon importante la protection des droits ancestraux et des droits issus de traités au Canada, la Cour suprême du Canada a reconnu que ces droits ne sont pas absolus et que la Couronne peut y porter atteinte si certaines exigences sont respectées.

Les lois applicables aux droits et aux titres ancestraux sont en constante évolution. Les pratiques d'affaires concernant les communautés autochtones sont également appelées à changer en fonction des nouveaux développements des lois, des politiques gouvernementales et des attentes des communautés autochtones concernées, lesquelles peuvent aller au-delà de ce qui est exigé par la législation. De plus, les groupes autochtones jouent un rôle de plus en plus actif dans le marché commercial à titre de prestataires de services, de fournisseurs, de participants aux capitaux propres et d'acteurs dans les partenariats public-privé. Il est important de comprendre ces communautés, ainsi que les enjeux liés à la conclusion de contrats et à la prise de sûretés quand certains des participants sont des Autochtones.

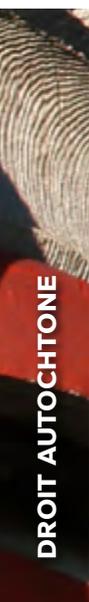
Compétence législative à l'égard des Autochtones

Le Parlement fédéral du Canada a la compétence législative exclusive sur « Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens » en vertu de l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le terme « Indiens » a été interprété comme désignant les Premières Nations, les Inuits et les Métis. Le gouvernement fédéral a adopté diverses lois, concernant principalement les Premières Nations, dont la *Loi sur les Indiens*, la *Loi sur la gestion financière des premières nations*, la *Loi sur la gestion des terres des premières nations*, la *Loi sur le développement commercial et industriel des premières nations* et la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*.

Bien que le gouvernement fédéral ait la compétence exclusive sur les peuples autochtones du Canada, les lois provinciales et territoriales d'application générale s'appliquent tout de même aux Premières Nations, aux Inuits et aux Métis de ces territoires.

Droits et intérêts des Autochtones

La Cour suprême du Canada a reconnu qu'il y a une obligation de consulter et, potentiellement, d'accommoder les groupes autochtones quand l'administration fédérale ou les administrations provinciales et territoriales prennent une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur leurs droits ancestraux et sur ceux issus de traités revendiqués ou établis. Cette obligation survient dans la grande majorité des approbations de mise en valeur des ressources par la Couronne et est expliquée plus en détail ci-dessous, après un aperçu des droits ancestraux et des droits conférés par traités.



Les droits ancestraux des Autochtones proviennent des pratiques, des coutumes et des traditions qui faisaient partie intégrante des cultures uniques des communautés autochtones avant l'arrivée des Européens. Les droits ancestraux peuvent notamment comprendre les droits de récolte, de chasse, de trappage, de pêche et de cueillette. Ils peuvent également comprendre un titre ancestral, qui est un droit foncier *sui generis* distinct des autres droits de propriété, tels que les domaines en fief simple.

Les titres ancestraux confèrent un vaste ensemble de droits similaires à ceux que confère le fief simple, dont les droits d'utiliser et de gérer les terres, ainsi que d'en tirer des avantages économiques. Ils comportent toutefois trois restrictions importantes qui visent à assurer la continuité de la relation du groupe autochtone avec les terres : i) les terres doivent être détenues collectivement; ii) les titres ne peuvent pas être cédés, sauf à la Couronne; et iii) les terres ne peuvent pas être grevées, aménagées ou utilisées « d'une manière qui priverait les générations futures d'une bonne partie des avantages qu'elles offrent ».

À ce jour, un titre ancestral n'a été établi que dans une seule affaire. En 2014, la Cour suprême du Canada a statué que la Nation Tsilhqot'in avait un titre ancestral établi sur un territoire du centre de la Colombie-Britannique. La Cour a jugé que dans les cas où un titre ancestral est prouvé, la Couronne ou un promoteur doit obtenir le consentement du groupe autochtone pour l'aménagement ou l'utilisation des terres visées par le titre ancestral en question. Sans un tel consentement, la Couronne doit justifier toute incursion proposée sur ces terres ou toute atteinte au titre à travers un objectif gouvernemental réel et impérieux, compatible avec l'obligation fiduciaire qu'à la Couronne à l'égard du groupe autochtone.

La majorité des revendications de titres ancestraux au Canada concerne des territoires de la Colombie-Britannique. Aussi, la plupart de ces revendications chevauchent, dans une certaine mesure, les revendications de titres ancestraux d'autres groupes autochtones de cette province. Il existe également d'autres revendications de titres ancestraux non réglées dans le nord du Canada, en Alberta, en Ontario, au Québec et au Canada atlantique, ainsi que des revendications des Métis au Manitoba et en Saskatchewan. Certaines de ces revendications comprennent également des affirmations de titres ancestraux visant des lits de cours d'eau ou des plans d'eau. Deux revendications de titres ancestraux ont été déposées à l'égard de lits de cours d'eau à ce jour. Elles ont toutes deux été rejetées, mais ont été portées en appel.



Bien que des titres ancestraux soient revendiqués à l'échelle du Canada, certains ont été cédés, modifiés ou abandonnés dans de nombreuses régions du pays en vertu de traités, notamment les revendications des signataires autochtones des 26 traités modernes et des 11 traités historiques numérotés. Ces traités, ainsi que d'autres traités historiques comportant des dispositions d'abandon de terres, couvrent le Nord du Québec, la plus grande partie de l'Ontario, le Manitoba, la Saskatchewan, l'Alberta, des portions de la Colombie-Britannique, le Nunavut et de grandes portions du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest. Les revendications de titres ancestraux sont néanmoins pertinentes en ce qui concerne certains traités historiques, dont les traités numérotés, car certains groupes autochtones contestent la validité des dispositions d'abandon de terres ou les limites définies par les traités, ou soutiennent qu'ils ne sont pas les signataires du traité.

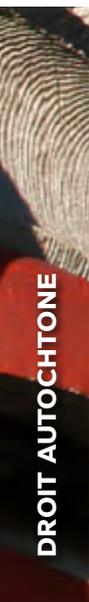
Traités

Les droits de nombreux peuples autochtones sont définis dans des traités historiques et modernes.

Environ 70 traités historiques reconnus et 26 traités modernes sont en vigueur au Canada. Ces traités couvrent la majeure partie de la superficie du pays, comme mentionné ci-dessus, mais ils diffèrent de façon importante quant à leur longueur, à leurs modalités et à leur objectif initial. Les traités historiques, qui ont été conclus avant 1975, sont en général assez courts et reconnaissent, entre autres, des droits tels que la chasse, la pêche, le trappage et le commerce assurant une subsistance convenable. Certains de ces traités comportent aussi des dispositions relatives à l'abandon de terres. Les traités modernes sont des ententes beaucoup plus détaillées qui accordent un plus vaste ensemble de droits et d'avantages, allant des droits de récolte à des droits d'exploitation du sous-sol, en passant par des dispositions relatives à l'autonomie gouvernementale, la propriété en fief simple de certaines terres et les transferts de capitaux importants.

Consultation et accommodement

Comme indiqué ci-dessus, la Couronne a l'obligation de consulter et, potentiellement, d'accommoder les groupes autochtones quand elle prend une décision ou donne une approbation susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur leurs droits ancestraux et les droits issus de traités revendiqués ou établis. Il s'agit d'une obligation constitutionnelle,



et les obligations de la Couronne peuvent souvent être considérables et parfois, nécessiter la consultation de nombreux groupes autochtones distincts, dont les revendications ou les intérêts peuvent se chevaucher.

L'étendue de la consultation et des accommodements requis, s'il y a lieu, varie et est proportionnelle à la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ancestral ou conféré par traité et la gravité des incidences défavorables possibles de la décision de la Couronne sur ce droit revendiqué ou établi. Lorsque la revendication est peu fondée et que les conséquences sont de faible importance, l'obligation de consulter de la Couronne est la moins contraignante et consiste à donner un avis, à communiquer des renseignements et à discuter des questions soulevées en réponse. Dans d'autres cas, lorsque la revendication est solide ou que des droits sont établis et que les conséquences sont graves, il peut être nécessaire de mener une consultation approfondie, avec la possibilité de présenter des observations et de participer à la prise de décision, aux accommodements et à la présentation de motifs écrits.

Quel que soit le niveau de consultation nécessaire, cette dernière doit être menée de bonne foi et être véritable. L'obligation de consulter ne vise pas simplement à fournir un processus d'échange de renseignements ou une occasion de s'exprimer aux groupes autochtones. Les préoccupations soulevées doivent être considérées avec attention et la Couronne doit être prête à effectuer des changements en fonction de celles-ci. Il n'y a aucune obligation distincte pour la Couronne ou un promoteur de projet de conclure une entente avec les groupes autochtones, mais une consultation de bonne foi peut donner lieu à une obligation d'accommoder. En droit, un accommodement peut comprendre notamment des mesures d'atténuation, de minimisation ou d'évitement des effets préjudiciables des activités ou des décisions sur des droits ancestraux ou issus de traités revendiqués ou établis. Seule une analyse juridique au cas par cas permet de déterminer ce qui constitue une consultation et un accommodement appropriés de la Couronne. Une consultation ou un accommodement inadéquats de la part de la Couronne peut entraîner le retard ou la contestation d'approbations ou de permis, des difficultés dans les relations entre les communautés et les investisseurs ou encore des demandes d'injonction ou de dommages-intérêts, pouvant tous avoir de graves répercussions sur le calendrier et les coûts d'un projet.

Même si l'obligation de consulter incombe en fin de compte à la Couronne, les tribunaux ont jugé que certains aspects procéduraux



de la consultation pouvaient être délégués aux promoteurs de projets et exécutés par ceux-ci. Ces derniers peuvent s'acquitter de cette obligation dans le cadre de processus réglementaires, à condition que ces processus soient suffisants pour satisfaire à ce qui est nécessaire dans les circonstances. Il arrive que la Couronne transmette certaines exigences liées à l'obligation de consulter aux promoteurs de projets qui demandent des approbations gouvernementales. Le promoteur est bien souvent celui qui connaît le mieux le projet proposé et donc le plus apte à collaborer avec les groupes autochtones afin de répondre de façon satisfaisante à toutes les préoccupations connexes.

De nombreux groupes autochtones ont développé leurs propres politiques et processus de consultation en vue de collaborer avec les promoteurs et la Couronne, dont plusieurs comportent des exigences de financement pour le renforcement des capacités. Il arrive fréquemment qu'on demande aux promoteurs d'offrir du financement pour le renforcement des capacités aux groupes autochtones, y compris pour financer des études de tiers sur les connaissances autochtones et l'utilisation des terres afin de déterminer l'étendue des droits des Autochtones et l'incidence possible des projets proposés. Ce financement peut être requis pour garantir une véritable consultation, mais sa nécessité dépend des faits et il est possible de satisfaire aux obligations de consultation sans verser un financement relatif aux capacités.

Dans le contexte de grands projets liés aux ressources naturelles, l'obligation de consulter de la Couronne naît dès que le processus d'examen réglementaire commence officiellement. De nombreux promoteurs choisissent toutefois de collaborer avec les groupes autochtones dès le début de la planification du projet afin d'établir de bonnes relations avec les communautés locales. Une consultation et une collaboration précoces et efficaces avec les groupes autochtones comptent maintenant parmi les facteurs les plus importants de la viabilité et de la réussite finale des projets; il faut donc considérer ces étapes comme une partie intégrante de la planification et du développement du projet. Le promoteur a besoin de conseillers juridiques chevronnés pour le guider tout au long du processus de consultation et d'approbation, afin de s'assurer que tous les groupes autochtones concernés sont consultés et que l'obligation de la Couronne est dûment réalisée et documentée aux fins de la preuve.

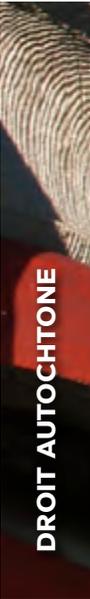


Les groupes autochtones invoquent de plus en plus la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (DNUDPA) lors de l'étape de la consultation des projets, et revendiquent que ces projets ne peuvent aller de l'avant sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause. L'administration fédérale et celle de la Colombie-Britannique ont toutes deux légiféré et promulgué des plans d'action pour mettre en œuvre la DNUDPA. Cette législation ne donne pas d'effet légalement contraignant à la Déclaration, mais vise à offrir un cadre permettant son intégration au fil du temps. Les deux gouvernements ont déclaré que la DNUDPA ne procure pas aux groupes autochtones un droit de veto à l'égard de l'exploitation des ressources et semblent interpréter le consentement comme un objectif plutôt que comme une nécessité absolue en toute circonstance.

Ententes réussies avec les groupes autochtones

À l'heure actuelle, pour satisfaire à l'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les groupes autochtones, la Couronne ou les promoteurs ne sont pas légalement tenus de conclure des ententes avec les groupes autochtones ni de leur offrir une contrepartie financière à titre d'accommodement. Cependant, il arrive fréquemment que l'administration fédérale et les administrations provinciales encouragent la conclusion d'ententes sur les répercussions et les avantages ou d'accords de participation entre les promoteurs de projets et les groupes autochtones, et certains gouvernements s'attendent de plus en plus à ce que des ententes soient en place avant de donner leur approbation. Dans certains cas, une province conclut également une entente aux termes de laquelle les taxes ou les autres revenus gouvernementaux sont partagés avec les groupes autochtones concernés. La conclusion d'ententes réussies peut aider à considérer les préoccupations des groupes autochtones et à établir des cadres stables pour que les projets d'aménagement puissent être mis en œuvre. La conclusion d'une entente procure aussi un moyen efficace de gérer les risques liés aux questions autochtones et d'établir pour les projets une certitude sur le plan de la réglementation.

La portée et la teneur des ententes sur les répercussions et les avantages et des accords de participation varient grandement entre les différents projets et groupes autochtones. Il faut avoir une bonne connaissance des intérêts et des objectifs propres à un groupe autochtone et une expérience relative aux différents types d'ententes utilisées pour

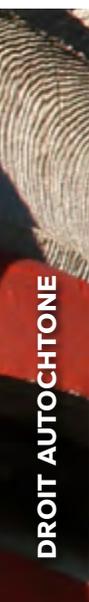


travailler dans ce secteur. Les ententes avec des groupes autochtones peuvent comporter divers avantages pour ces groupes, dont des occasions d'emploi, un soutien à l'éducation et des initiatives en matière de formation, des occasions de marchés et d'affaires et, dans certains cas, des avantages financiers, comme des redevances annuelles ou une participation dans le capital, avec des garanties correspondantes au promoteur, lesquelles assurent la certitude et facilitent la mise en œuvre du projet. Dans certains cas, les ententes officialisent les processus de collaboration à venir pour la durée d'un projet et comprennent des engagements en matière de contrôle et de protection de l'environnement.

Les grands projets prévoient de plus en plus une gamme d'avantages économiques (notamment la participation au capital) fondés sur différents modèles financiers, pour les groupes autochtones touchés qui tentent d'obtenir des participations et des revenus à long terme pour leur communauté. Les projets qui accordent une participation au capital aux Autochtones nécessitent souvent la prestation de conseils spécialisés pour s'assurer qu'ils peuvent être financés et qu'ils emploient la structure fiscale la plus avantageuse pour toutes les parties.

Projets sur des terres autochtones

De plus en plus de projets et d'actifs de projets sont situés sur des terres détenues par des groupes autochtones. Le Canada comporte différents types de terres et de structures politiques autochtones, et un certain nombre de régimes distincts peuvent s'appliquer. Il est essentiel de connaître le régime précis qui s'applique, particulièrement en ce qui concerne l'aménagement des terres de réserve. Souvent, les lois fédérales ne traitent pas adéquatement de l'aménagement des terres autochtones et les autorités de réglementation fédérales et provinciales ont des préoccupations importantes concernant ces enjeux, comme le manque de régimes provinciaux de protection environnementale applicables, particulièrement en ce qui a trait aux projets de grande envergure. Dans certains cas, ces préoccupations sont réglées par contrat. Dans d'autres cas, les groupes autochtones, l'administration fédérale et les administrations provinciales et les promoteurs de projets se servent de la *Loi sur le développement commercial et industriel des premières nations* pour appliquer volontairement des lois provinciales données aux projets sur des terres autochtones, lorsqu'il y aurait autrement un « vide réglementaire » dans le régime fédéral.



Conclusions

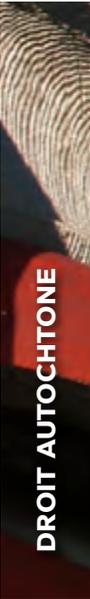
Des connaissances et une expérience juridiques spécialisées sont essentielles pour mener des projets au Canada mettant en cause des droits ou des intérêts ancestraux. Les régimes réglementaires et la jurisprudence se rapportant aux droits et aux intérêts ancestraux sont en constante évolution au Canada et il est important d'avoir les renseignements les plus à jour pour entreprendre un projet lorsque ces droits ou ces intérêts peuvent avoir une incidence. La compréhension de l'étendue potentielle de ceux-ci et l'établissement de bonnes relations et d'ententes réussies avec les groupes autochtones du début du projet jusqu'à son achèvement sont des éléments clés de sa réussite.

**POUR EN SAVOIR PLUS,
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC LA PERSONNE SUIVANTE :**

Bryn Gray

begray@mccarthy.ca

416-601-7522



PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Brevets	113
Droit d'auteur	118
Marques de commerce	121
Noms de domaine	122
Dessins industriels	123
Autre propriété intellectuelle	124

Par Dan Glover et Vincent Yip



PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Les lois fédérales sur les brevets, le droit d'auteur et les marques de commerce assurent la protection de la propriété intellectuelle au Canada. Le Canada a signé l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC) de l'Organisation mondiale du commerce et s'est engagé à respecter les normes minimales de protection et de réciprocité de traitement qui y sont définies. En janvier 2018, le Canada et dix autres pays membres ont conclu l'*Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste* (PTPGP) que le Canada a ratifié et qui a pris effet le 30 décembre 2018. Le Canada est également partie à l'*Accord économique et commercial global* (AECG) avec l'Union européenne.

Brevets

Le Canada a signé la *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle* (texte de Stockholm), le *Traité de coopération en matière de brevets* (PCT) et le *Traité sur le droit des brevets* (PLT).

Selon la *Loi sur les brevets*, toute invention nouvelle, utile et non évidente qui relève de la définition d'invention selon la loi, à savoir, une réalisation, un procédé, une machine, une fabrication ou une composition de matières (ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux), est brevetable. Il n'est pas obligatoire que l'invention ait été faite au Canada. Les formes de vie supérieures ne peuvent pas faire l'objet d'un brevet, mais le matériel génétiquement modifié et les lignées cellulaires contenant ce matériel génétique le peuvent. Les algorithmes ne peuvent pas faire l'objet d'un brevet, mais les programmes ou méthodes informatiques qui manifestent un effet ou un changement discernable le peuvent.

LE CANADA A SIGNÉ
LA CONVENTION
DE PARIS POUR
LA PROTECTION
DE LA PROPRIÉTÉ
INDUSTRIELLE
ET LE TRAITÉ DE
COOPÉRATION EN
MATIÈRE DE BREVETS.

Dans une décision historique rendue en octobre 2010, la Cour fédérale a invalidé un rejet du commissaire aux brevets et de la Commission d'appel des brevets à l'égard d'une demande de brevet d'Amazon.com relativement à sa technologie de commande de produits en ligne en un « seul clic ». Le commissaire avait conclu que la prétendue invention

d'Amazon ne portait pas sur un objet brevetable en vertu de la *Loi sur les brevets*. En invalidant cette décision, la Cour fédérale a établi que les innovations mises en œuvre par ordinateur et les méthodes commerciales pouvaient être brevetées au Canada à la condition qu'elles satisfassent au critère général de ce que constitue une « invention » en vertu de l'article 2 de la *Loi sur les brevets*. À la fin de 2011, la Cour d'appel fédérale a autorisé l'appel de la décision de la Cour fédérale. La Cour d'appel a rejeté l'opinion selon laquelle une méthode commerciale pouvait être admissible à la protection par brevet simplement car elle avait une mise en œuvre pratique ou une application pratique. Elle a plutôt conclu que la bonne approche pour décider qu'un objet était brevetable était tout d'abord « d'interpréter en fonction du but » les revendications pour établir les « éléments essentiels » de l'invention, puis de se poser la question de savoir si les éléments essentiels établis seraient considérés comme un objet brevetable. La Cour d'appel a accepté l'argument de la Cour fédérale selon lequel un objet brevetable peut être une chose dotée d'une existence physique ou une chose qui manifeste un effet ou un changement discernable. La Cour d'appel a renvoyé la question de l'interprétation des revendications du brevet au commissaire aux brevets et la demande a été délivrée par le Bureau des brevets peu de temps par la suite.

En 2020, la Cour fédérale a confirmé, dans l'affaire *Choueifaty c. Canada*, 2020 CF 837, qu'un élément d'une revendication est essentiel tant que le titulaire du brevet n'a pas la claire intention que l'élément ne le soit pas et tant que l'élément d'une revendication ne peut pas être remplacé sans affecter le fonctionnement de l'invention aux yeux des lecteurs avertis à la date de publication du brevet. En réponse à la décision rendue dans *Choueifaty* qui a clarifié la méthode appropriée en matière d'interprétation des revendications afin de déterminer ses éléments essentiels, le Bureau des brevets a publié un avis pratique pour fournir plus d'aide aux demandeurs et à ses examinateurs de brevets lorsqu'une demande de brevet fait l'objet de poursuites.

En juin 2022, la Cour fédérale a rendu sa décision dans *Benjamin Moore & Co. c. Canada*, 2022 CF 923, dans laquelle elle a adopté un cadre d'analyse en trois étapes servant à évaluer la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur et a ordonné au commissaire aux brevets d'y recourir. Toutefois, en juillet 2023, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel du Bureau des brevets attaquant cette décision et a supprimé l'exigence pour le commissaire aux brevets de recourir au cadre d'analyse



en trois étapes pour évaluer la brevetabilité, ordonnant plutôt de décider de la brevetabilité des inventions selon la version la plus récente du *Recueil des pratiques du Bureau des brevets* en s'appuyant sur les motifs de la Cour. Il reste à voir quel cadre d'analyse le Bureau des brevets adoptera à la lumière de la décision de la Cour d'appel fédérale.

Autre décision importante : le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *AstraZeneca Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2017 CSC 36. La plus haute cour du pays a rejeté de manière unanime l'utilisation de la « doctrine de la promesse » pour évaluer l'utilité d'un brevet. Cette doctrine exige un examen du brevet dans son ensemble afin de repérer les « promesses » associées à l'invention divulguée, pour ensuite déterminer si ces promesses sont respectées. Selon cette approche, un brevet pourrait être considéré comme dépourvu d'utilité si une seule des promesses repérées n'est pas remplie par l'invention. La Cour suprême du Canada a conclu que la doctrine sur la promesse est « sans fondement » et qu'elle ne constitue « pas une règle de droit valide » pour déterminer si l'exigence de l'utilité prévue à l'article 2 de la *Loi sur les brevets* est respectée. Elle a à la place établi un test en deux étapes qui implique d'abord de cerner l'objet de l'invention visé par le brevet, pour ensuite se demander si cet objet peut donner un résultat concret. La Cour a réaffirmé que « la moindre parcelle d'utilité suffira » pour répondre à l'exigence de l'utilité.

Dans le cadre d'une affaire portant sur la contrefaçon d'un brevet entre Dow Chemical et Nova Chemicals, le titulaire du brevet a décidé d'attaquer les profits du contrefacteur plutôt que de chercher à obtenir des dommages-intérêts. Dans son arrêt *Dow Chemical Company c. Nova Chemicals Corporation*, 2022 CSC 43, la Cour suprême du Canada a confirmé le jugement du tribunal inférieur, qui avait octroyé à Dow Chemical la plus grande compensation pour contrefaçon de brevets de l'histoire du Canada, soit près de 645 M\$ CA. Cette somme comprenait les profits du contrefacteur pendant la durée de vie du brevet, les frais juridiques et les intérêts antérieurs au jugement. Pour calculer les profits du contrefacteur, la Cour suprême du Canada a confirmé l'octroi par le tribunal inférieur des profits réalisés par le contrefacteur grâce à « l'effet tremplin » pendant une certaine durée après la date d'expiration du brevet. Ces profits prenaient en compte l'entrée

LA DEMANDE AU
CANADA DOIT
GÉNÉRALEMENT
ÊTRE FAITE AVANT
QUE L'INVENTION
SOIT MISE À LA
DISPOSITION DU
PUBLIC PARTOUT
DANS LE MONDE.



accélérée sur le marché dont le contrefacteur a profité en contrefaisant le brevet avant son expiration. L'importance de la réparation confirmée par la Cour suprême du Canada dans *Dow Chemical c. Nova Chemical*, en plus de ses décisions précédentes, pourrait encourager davantage de parties à intenter des poursuites en matière de brevets au Canada.

Un brevet canadien donne à son titulaire le droit d'empêcher autrui de fabriquer, de vendre ou d'utiliser l'invention pendant la durée du brevet au Canada. La durée d'un brevet canadien est de 20 ans à compter de la date de dépôt de la demande, à condition que toutes les taxes de maintien en état soient payées en temps opportun. Depuis 1989, le Canada a adopté un système selon lequel les brevets sont octroyés au premier inventeur qui dépose une demande pour l'invention concernée. Pour pouvoir obtenir un brevet au Canada, le demandeur doit déposer la demande au Canada avant que l'invention ne soit mise à la disposition du public partout dans le monde. Une période de grâce d'un an est autorisée pour les renseignements communiqués directement ou indirectement par l'inventeur. Il est généralement conseillé aux demandeurs de déposer la demande le plus tôt possible au Canada ou dans un pays qui adhère à la *Convention de Paris*, et de ne pas se fier à la période de grâce. Les renseignements qui ont été mis à disposition du public avant la date de dépôt d'une demande sont appelés « antériorités » et incluent l'utilisation antérieure de l'invention et les publications antérieures (par exemple, la publication d'une demande de brevet antérieure). Au Canada, les demandes de brevets sont publiées 18 mois après la première date de dépôt déclarée par le demandeur.

De récentes modifications à la législation canadienne sur les brevets laissent entrevoir d'importants changements. La mise en œuvre de la « théorie de la préclusion fondée sur l'historique de la poursuite » dans un contexte de litige est l'une des modifications importantes. Selon cette modification, les arguments présentés par un titulaire de brevet concernant l'interprétation des revendications de ce brevet au cours de la procédure de dépôt dudit brevet sont admissibles en preuve pour réfuter les revendications ou les arguments concernant l'interprétation des revendications du brevet faites par le titulaire du brevet pendant un litige. La Cour d'appel fédérale a interprété la nouvelle disposition sur l'opposabilité du dossier de la demande de brevet dans sa récente décision *Canmar Foods c. TA Foods*, 2021 CAF 7, où elle a maintenu que le juge de la Cour fédérale avait erré en faisant référence aux poursuites



du titulaire du brevet ayant eu lieu aux États-Unis, mais elle s'est abstenue de décider si les déclarations faites durant les poursuites à l'étranger pourraient un jour être prises en compte aux fins de l'interprétation de la revendication.

Un autre changement digne de mention ayant une incidence sur l'étendue de la protection offerte aux brevets canadiens concerne l'introduction d'une nouvelle disposition qui codifie une exception pour « utilisation à titre expérimental » protégeant certaines utilisations d'inventions brevetées contre la responsabilité pour contrefaçon de brevet. La disposition prévoit aussi d'adopter des règlements pour définir les facteurs qui doivent être pris en considération afin d'évaluer si une utilisation particulière peut bénéficier de cette exception. L'étendue de cette exception reste à déterminer, étant donné qu'aucun règlement n'a encore été publié et que la disposition elle-même n'a pas fait l'objet d'un examen par un tribunal.

LE CANADA A ADHÉRÉ
AU TRAITÉ DE L'OMPI
SUR LE DROIT D'AUTEUR
ET AU TRAITÉ DE
L'OMPI SUR LES
INTERPRÉTATIONS ET
EXÉCUTIONS ET LES
PHONOGRAMMES.

Aux termes de l'AECG, la *Loi sur les brevets* a été modifiée afin de prévoir la délivrance de certificats de protection supplémentaire. Un certificat de protection supplémentaire prolonge effectivement la durée d'un brevet admissible d'une période pouvant aller jusqu'à deux ans afin d'indemniser les titulaires de brevet pour la perte effective de durée d'un brevet découlant de la sollicitation de l'approbation réglementaire de médicaments au Canada. L'AECG a aussi apporté d'autres modifications à la réglementation du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* qui ont donné lieu à des changements importants dans l'industrie pharmaceutique au Canada, notamment le remplacement de l'actuel régime de procédure concernant les avis de conformité par des actions complètes pouvant aboutir à des décisions finales concernant la contrefaçon et la validité des brevets. Les modifications de l'AECG sont entrées en vigueur le 21 septembre 2017.

Dans le cadre des efforts déployés par le gouvernement du Canada en vue de la ratification du *Traité sur le droit des brevets*, des modifications aux *Règles sur les brevets* sont entrées en vigueur le



30 octobre 2019. L'une des modifications consiste en le rétablissement des revendications de priorité, ce qui donne une période de grâce de deux mois pour revendiquer la priorité à tout demandeur qui, de manière non intentionnelle, n'aurait pas respecté le délai de douze mois. Ce changement fait cadrer les pratiques canadiennes avec les mécanismes de rétablissement de priorité existants aux termes du PCT. Les exigences en matière de dépôt ont également été assouplies sous le régime des *Règles sur les brevets* modifiées. Par exemple, un demandeur peut désormais obtenir une date de dépôt même si la taxe de dépôt n'a pas été payée à la date de dépôt. Toutefois, aux termes du nouveau régime, les demandeurs ne disposeront plus de plein droit d'un délai prolongé pour l'entrée en phase nationale (c.-à-d. le délai ordinaire de 30 mois plus une prolongation de 12 mois associée à des frais de retard). Bien qu'il soit encore possible de procéder à une ouverture tardive de la phase nationale, il appartiendra au demandeur de prouver que le non-respect du délai fixé n'était pas intentionnel. Les nouvelles *Règles sur les brevets* ont également réduit les délais de poursuite. À titre d'exemple, le délai pour une requête d'examen de demande de brevet a été réduit et est passé de cinq ans à quatre ans suivant la date de dépôt, et le délai ordinaire pour répondre au rapport d'un examinateur a aussi été réduit, passant de six mois à quatre mois suivant la date du rapport. Parmi les autres changements, on compte une nouvelle procédure de rétablissement des demandes abandonnées, un nouveau régime établissant des délais de correction pour certaines erreurs de transcription ainsi que la mise en place d'un système de « droits de tiers » permettant à des tiers de mettre en œuvre une invention brevetée si le brevet n'est pas en règle.

Enfin, dans le cadre des obligations du Canada aux termes de l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique* (ACEUM), des modifications à la *Loi sur les brevets* qui entreront en vigueur avant le 1^{er} janvier 2025 prévoient l'ajustement de la durée du brevet pour prendre en compte les retards lors du traitement de demandes de brevet. Contrairement à ce qui se passe aux États-Unis, le Bureau des brevets n'accorde pas automatiquement l'ajustement de la durée du brevet. C'est aux titulaires de brevets de faire une demande d'ajustement de la durée du brevet, moyennant le paiement des droits prescrits.

Droit d'auteur

Le Canada a adhéré au *Traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle* (OMPI) sur le droit d'auteur et au *Traité de*

l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Plusieurs des dispositions de fond du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* et du *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, comme l'établissement d'un droit de « mise à la disposition » et l'application de mesures techniques de protection, ont été mises en œuvre dans le cadre d'une importante révision de la *Loi sur le droit d'auteur* qui est entrée en vigueur en novembre 2012. La loi prévoit aussi un recours en responsabilité subsidiaire à l'encontre de ceux qui « facilitent » les violations numériques, ainsi qu'une série de nouvelles exceptions à la protection du droit d'auteur, dont des exceptions relatives à la « reproduction à des fins privées », à « l'écoute en différé », aux « processus technologiques », à l'« utilisation équitable aux fins d'éducation, de parodie ou de satire » et au « contenu généré par les utilisateurs ». La loi contient également des dispositions relatives à l'exonération de responsabilité pour les intermédiaires Internet, y compris pour les hôtes et les fournisseurs d'outils de repérage sur Internet. Cependant, les fournisseurs doivent savoir que ces dispositions relatives à l'exonération de responsabilité sont subordonnées au recours en matière de « facilitation » ainsi qu'à un régime d'« avis et avis » au titre duquel les intermédiaires doivent aviser leurs clients lorsqu'ils reçoivent un avis selon lequel le client violerait un droit d'auteur et doivent consigner l'identité de leurs clients.

Au cours des dernières années, les plus hauts tribunaux du Canada ont rendu de nombreuses décisions importantes en matière de droits d'auteur. Au milieu de l'année 2012, la Cour suprême du Canada a publié cinq nouvelles décisions dans ce domaine. Parmi les thèmes d'importance qui ressortent de ces décisions, notons la reconnaissance du concept de la neutralité technologique (l'idée que les utilisations numériques et non numériques devraient être traitées de façon semblable en vertu de la législation sur les droits d'auteur) et le traitement continu des exceptions en matière de droits d'auteur en tant que « droits des utilisateurs ». Toutefois, il est important d'indiquer que ces décisions ont été rendues sous le régime de l'ancienne *Loi sur le droit d'auteur* et qu'elles pourraient ne pas s'appliquer d'une manière prévisible aux nouvelles dispositions adoptées en fin 2012. En novembre 2012, la Cour suprême a rendu une autre décision importante en matière de droits d'auteur qui interdit la création de droits s'apparentant à des droits d'auteur par quiconque autre que le Parlement; en l'occurrence, la Cour a empêché un organisme de réglementation en matière de radiodiffusion d'imposer aux retransmetteurs de programmation assujettie à un droit



d'auteur une compensation pour la « valeur des signaux ». À la fin de 2013, dans un autre arrêt important, la Cour suprême a établi le critère qui sert à décider si un droit d'auteur a été contrefait par imitation. Ce critère prescrit une évaluation qualitative et globale des similitudes entre les œuvres, laquelle peut être rehaussée, dans certaines situations, par une preuve d'expert, notamment à l'égard de droits d'auteur sur une œuvre musicale ou un logiciel. Enfin, en 2015, la Cour suprême a rendu une décision qui clarifie davantage la notion de neutralité technologique comme principe directeur de l'interprétation de la *Loi sur le droit d'auteur* et de son application à l'évaluation des redevances à verser à des sociétés de gestion collective des droits d'auteur.

Le Canada est l'un des signataires de la *Convention de Berne* et de la *Convention universelle sur le droit d'auteur*. Selon la nature de l'œuvre, le titulaire du droit d'auteur pour l'œuvre a le droit exclusif de reproduire, d'exécuter, de publier ou de communiquer l'œuvre. La *Loi sur le droit d'auteur* prévoit que le droit d'auteur protège automatiquement toutes les œuvres littéraires, artistiques, dramatiques ou musicales originales. Aux termes de la *Loi sur le droit d'auteur*, l'enregistrement est facultatif et non obligatoire. Toutefois, l'enregistrement établit des présomptions en faveur du titulaire enregistré qui peuvent s'avérer utiles dans le cadre d'un litige. En général, le droit d'auteur demeure valide tout au long de la vie de l'auteur ainsi que 50 ans après son décès. Depuis 1993, les programmes informatiques ont été expressément protégés comme des œuvres littéraires aux termes de la loi.

Récemment, le gouvernement canadien a également apporté à la *Loi sur le droit d'auteur*, à la *Loi sur les marques de commerce* et à la *Loi sur les douanes* des modifications qui créent d'importants recours anti-contrefaçons en cas de violation du droit d'auteur ou d'une marque de commerce. Ces modifications permettent aux titulaires d'un droit d'auteur et aux propriétaires d'une marque de commerce déposée de présenter une « demande d'aide » à l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC). Dans le cadre de ce régime, les titulaires d'un droit peuvent demander que les agents des services frontaliers retiennent des envois commerciaux soupçonnés de contenir des produits contrefaits ou piratés, ce qui permet au titulaire du droit d'engager une poursuite civile devant les tribunaux. Le Parlement du Canada a également adopté des modifications au régime d'octroi de licences collectives aux termes de la *Loi sur le droit d'auteur* afin de favoriser une prise de décisions plus rapide en ce qui concerne l'établissement des tarifs.



Marques de commerce

La *Loi sur les marques de commerce* protège les intérêts dans les mots, symboles, dessins, slogans ou combinaisons de ces éléments qui servent à distinguer la source des produits de base ou des services. Actuellement, les droits relatifs aux marques de commerce sont créés par l'utilisation au Canada (ou, dans le cas de propriétaires étrangers, par l'utilisation à l'étranger et l'enregistrement éventuel dans leur pays d'origine). Il est possible de réserver des droits en faisant une demande fondée sur l'intention d'utiliser une marque de commerce au Canada. L'enregistrement est facultatif et non obligatoire. L'enregistrement donne toutefois au déposant le droit exclusif d'utiliser la marque partout au Canada et d'en faciliter l'application. Sans enregistrement, les droits du titulaire sont limités à la région géographique où la marque a été utilisée. Si le titulaire de la marque de commerce envisage d'octroyer à d'autres personnes, même à une filiale, une licence d'utilisation de celle-ci, il doit prendre des mesures de contrôle de son utilisation, par le titulaire de licence, qui sont appropriées pour en assurer la protection. Même si la marque de commerce dure aussi longtemps que le titulaire l'utilise pour distinguer ses marchandises ou services, les enregistrements peuvent être contestés pour non-utilisation ou enregistrement invalide. La durée initiale d'un enregistrement est de 10 ans et elle peut être renouvelée tous les 10 ans moyennant le versement de droits de renouvellement.

Le 17 juin 2019, plusieurs modifications à la *Loi sur les marques de commerce* sont entrées en vigueur afin d'aligner le régime des marques de commerce canadien sur les normes internationales énoncées dans le *Traité de Singapour*, le *Protocole de Madrid* et l'*Arrangement de Nice*. Les modifications législatives étendent la protection des marques de commerce à un large éventail de « signes » nouveaux comme les lettres, les couleurs, les hologrammes, les sons, les odeurs, les goûts et les textures. Elles ont pour effet de supprimer l'obligation pour les demandeurs d'avoir « employé » une marque de commerce au Canada ou ailleurs avant de pouvoir obtenir un enregistrement. Bien que les modifications aient éliminé l'exigence d'« emploi » comme condition préalable à l'enregistrement d'une marque de commerce, la *Loi sur les marques de commerce* comprend maintenant des dispositions qui facilitent l'annulation de demandes ou la radiation d'enregistrements ayant été faits de mauvaise foi (p. ex. par des usurpateurs de marques de commerce).

En ce qui concerne la procédure des demandes de marque de commerce, il est maintenant possible d'effectuer une demande complémentaire en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*. Par exemple, dans le cas où un examinateur conteste certains produits ou services d'une demande, ou qu'une opposition à ces derniers est produite par un tiers, les produits ou services qui ont fait l'objet d'une contestation ou d'une opposition peuvent être « séparés » du reste de la demande et placés dans une demande complémentaire. De cette manière, la demande originale peut passer à la prochaine étape de la procédure en intégrant seulement les produits et les services qui ne sont pas concernés par l'opposition ou la contestation. Lorsqu'une demande de marque de commerce qui a été divisée procède à l'enregistrement, elle peut faire l'objet d'une fusion avec tout enregistrement de la marque de commerce découlant de la même demande originale à condition que les marques de commerce soient identiques et détenues par le même propriétaire inscrit. Ces modifications ont aussi débouché à la mise en œuvre du système de classification de Nice en ce qui a trait aux descriptions de produits et de services dans les demandes canadiennes. Aux termes du nouveau régime, les droits de dépôt pour demande d'enregistrement facturés par l'OPIC sont maintenant calculés selon les classes, soit 330 \$ CA pour la première classe et 100 \$ CA pour chaque classe supplémentaire. Les frais de renouvellement facturés par l'OPIC sont également calculés en fonction de la classe, soit 400 \$ CA pour la première classe et 125 \$ CA pour chaque classe supplémentaire.

En raison de la ratification de l'AECG par le Canada, la *Loi sur les marques de commerce* accorde maintenant des droits importants concernant les « indications géographiques » des produits agricoles et agroalimentaires. Ces droits peuvent empêcher l'utilisation ou l'enregistrement de produits de même nom sur le marché canadien.

Noms de domaine

Le système des noms de domaine sur Internet et le « métabolisme » présentent des défis de taille pour le régime de propriété intellectuelle et particulièrement pour les lois sur les marques de commerce. Le conflit qui existe entre le système de marques de commerce déposées et un registre de noms de domaine provient du fait que les enregistrements de noms de domaine se font selon le principe du « premier arrivé, premier servi », sans examen initial indépendant pour savoir si le nom enregistré est la marque déposée d'une autre personne. En même temps, un nom de domaine est plus puissant à certains égards qu'une marque de commerce



parce qu'il ne peut y avoir qu'un nom d'entreprise enregistré pour chaque nom de domaine de premier niveau.

Pour obtenir un enregistrement « .ca » du Canada, l'inscrit éventuel doit respecter certaines exigences en matière de présence au Canada. Ces exigences présentent certains défis pour les entités étrangères qui ne désirent pas se constituer en société au Canada.

Même si la propriété d'une marque de commerce déposée au Canada suffit pour respecter l'exigence, le propriétaire ne peut réserver que les noms de domaine qui sont constitués, en tout ou en partie, des mots exacts de cette marque de commerce déposée.

Au Canada, certains titulaires de marque de commerce appliquent avec succès la notion de substitution frauduleuse pour protéger leurs marques contre ce qu'on appelle les « cybersquatteurs ». D'autres titulaires ont allégué la contrefaçon de droits afférents à une marque de commerce aux termes de la *Loi sur les marques de commerce*. Pour obtenir le contrôle d'un nom de domaine, on peut également alléguer une « diminution de la valeur de l'achalandage » en vertu de l'article 22 de la *Loi sur les marques de commerce*, ainsi qu'une appropriation illicite des droits à la bonne réputation.

L'Autorité canadienne pour les enregistrements Internet (ACEI) a établi la Politique en matière de règlement des différends relatifs aux noms de domaine (**la Politique**) pour résoudre, en ligne, les différends relatifs aux noms de domaine pour la communauté de noms de domaine « .ca ». Des groupes d'arbitrage formés d'un à trois membres étudient les arguments écrits et rendent des décisions rapidement. La Politique permet notamment au groupe d'arbitrage d'imposer des amendes allant jusqu'à 5 000 \$ CA à un plaignant trouvé coupable de piratage de nom de domaine.

Dessins industriels

Un dessin industriel canadien protège la forme, la configuration, le motif, les éléments décoratifs, ou toute combinaison de ces caractéristiques d'un produit fini. L'un ou l'autre de ces aspects peut être protégé à condition qu'il soit nouveau au sens de la *Loi sur les dessins industriels*. Au Canada, un demandeur a 12 mois, à compter de la date de la divulgation publique, pour déposer une demande d'enregistrement de dessin industriel couvrant un motif donné ou une caractéristique visuelle particulière. Une fois obtenu, l'enregistrement d'un dessin industriel



canadien donne au propriétaire un droit exclusif concernant ce dessin au Canada. La protection dure jusqu'à la plus tardive des deux dates suivantes : 10 ans après la date d'enregistrement au Canada ou 15 ans après la date de dépôt de la demande, à condition que les taxes de maintien en état soient acquittées aux moments prescrits.

Le 5 novembre 2018, des modifications à la législation canadienne concernant le dessin industriel sont entrées en vigueur ce qui a permis au Canada d'adhérer à l'*Arrangement de La Haye concernant l'enregistrement international des dessins et modèles industriels* (le système de La Haye) et de moderniser son régime de dessin industriel. Le système de La Haye permet aux demandeurs de choisir plusieurs pays, y compris le Canada, pour lesquels ils souhaitent obtenir la protection de leurs dessins industriels, et ce, en déposant une seule demande internationale. Les modifications de modernisation donnent davantage de flexibilité aux demandeurs d'enregistrements de dessins industriels, notamment en permettant le dépôt de demandes divisionnaires pour tout dessin qui a été initialement divulgué, et par des règles plus souples en ce qui concerne les formalités associées aux demandes.

Autre propriété intellectuelle

Les brevets, droits d'auteur, marques de commerce et noms de domaine sont les types de propriété intellectuelle les plus courants. Par contre, dans l'économie d'aujourd'hui, la protection de la propriété intellectuelle peut prendre de nombreuses autres formes. La common law interdit notamment l'appropriation illicite de secrets commerciaux et de droits de la personnalité, ainsi que la substitution. Elle protège également les droits de la protection des renseignements personnels et de bonne réputation dans une certaine mesure. D'autres lois prévoient plus spécifiquement une variété d'obligations et de droits particuliers, notamment la *Loi sur les topographies de circuits intégrés*, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, la *Loi sur la protection des obtentions végétales*, la *Loi sur la concurrence*, la *Loi sur les inventions des fonctionnaires* et la *Loi sur le statut de l'artiste*.

**POUR EN SAVOIR PLUS,
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC L'UNE DES PERSONNES SUIVANTES :**

Vincent Kam-Sun Yip

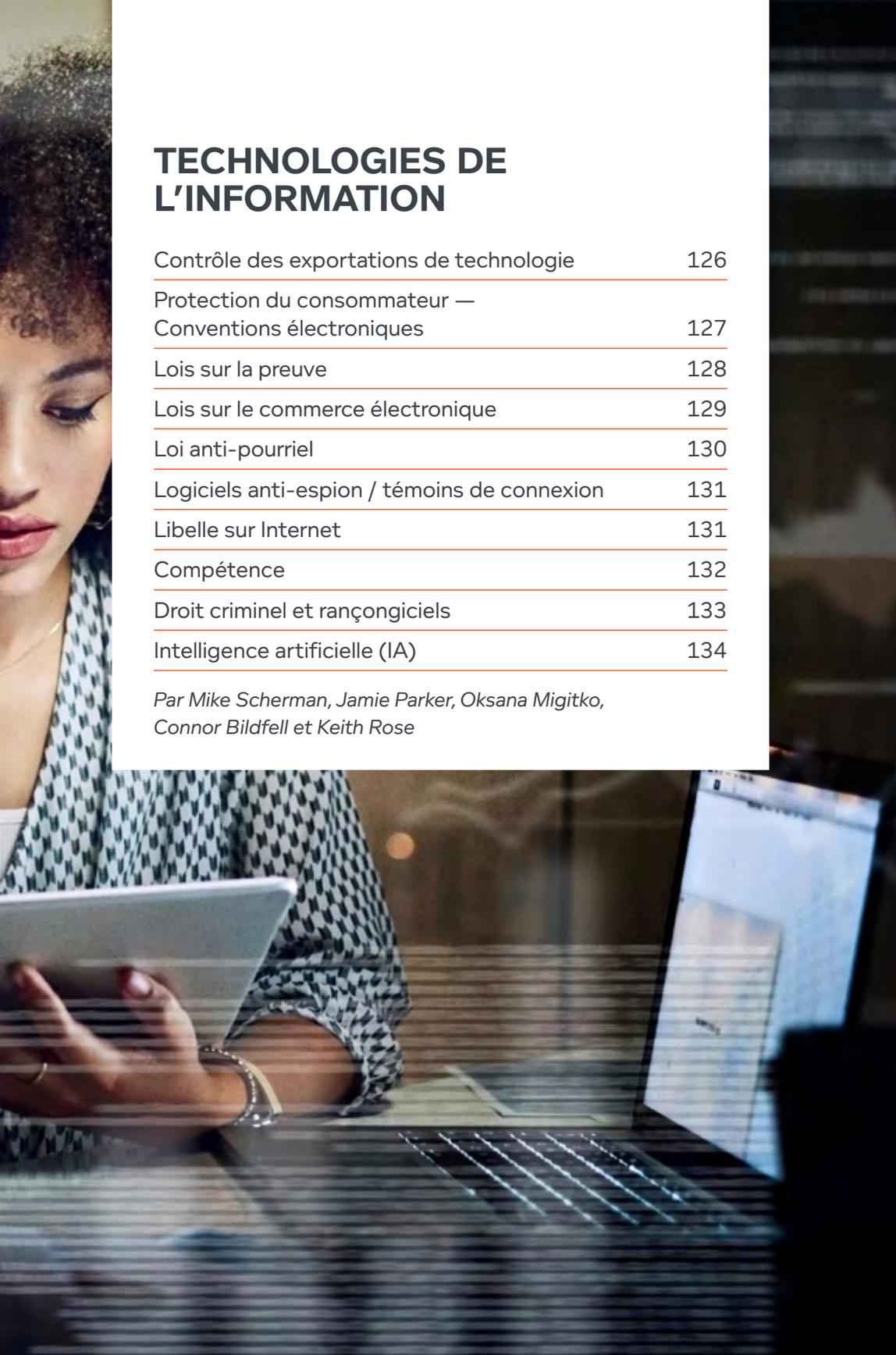
vyip@mccarthy.ca

604-643-7942

Dan Glover

dglover@mccarthy.ca

416-601-8069



TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION

Contrôle des exportations de technologie	126
Protection du consommateur — Conventions électroniques	127
Lois sur la preuve	128
Lois sur le commerce électronique	129
Loi anti-pourriel	130
Logiciels anti-espion / témoins de connexion	131
Libelle sur Internet	131
Compétence	132
Droit criminel et rançongiciels	133
Intelligence artificielle (IA)	134

*Par Mike Scherman, Jamie Parker, Oksana Migitko,
Connor Bildfell et Keith Rose*

TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION

Contrôle des exportations de technologie

Au Canada, le contrôle des exportations de technologie est un mandat du gouvernement fédéral. L'exportation de certains équipements et logiciels et de certaines technologies peut être contrôlée par la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* (LLEI). Ces contrôles ne s'appliquent pas uniquement aux envois physiques, mais également aux transferts immatériels effectués notamment par l'intermédiaire de prestations de services ou de formations, de téléversements vers des serveurs, de téléchargements depuis des serveurs ou d'accès à des serveurs depuis l'étranger, d'autres transferts de fichiers électroniques, de courriels, de télécopies, de conversations téléphoniques, de téléconférences et d'entretiens individuels. De surcroît, des restrictions à l'exportation ou au transfert de certains logiciels et de certaines marchandises et technologies sont imposées en vertu des lois sur les sanctions, notamment la *Loi sur les Nations Unies* et la *Loi sur les mesures économiques spéciales*. Il peut arriver que les sanctions économiques fassent double emploi avec les contrôles à l'exportation, mais elles s'appliquent généralement de manière plus large, y compris dans des circonstances où il n'y a pas d'exportation ou de transfert de marchandises, de logiciels ou de technologies soumis à des restrictions à partir du Canada.

Établie sous le régime de la LLEI, la Liste des marchandises et technologies d'exportation contrôlée (LMTEC) identifie les marchandises, les logiciels et les technologies, y compris les produits de haute technologie, qui ne peuvent être exportés ou transférés à partir du Canada par des moyens matériels ou immatériels sans l'obtention préalable d'une licence d'exportation, sous réserve d'exemptions pour certains pays de destination. La LMTEC ne vise pas des produits en particulier; elle établit plutôt un ensemble de spécifications techniques qui sont pour la plupart neutres sur le plan technologique et qui constituent des descriptions fonctionnelles. Actuellement, la LMTEC contient des contrôles relatifs aux articles dotés d'une fonctionnalité cryptographique, aux logiciels d'intrusion, aux outils permettant de déjouer, d'affaiblir ou de contourner la sécurité de l'information, et aux outils de surveillance permettant aux forces de l'ordre de contrôler ou d'analyser le contenu des communications ou des métadonnées. Les logiciels généralement accessibles au public ne sont habituellement pas soumis à des restrictions. Les logiciels et autres éléments qui

comportent des fonctions de sécurité cryptographique sont, en règle générale, assujettis aux contrôles des exportations, sous réserve de certaines exceptions limitées concernant le marché de masse et le domaine public, à moins que la cryptographie n'utilise des longueurs de clés très courtes. De plus, toute la technologie venant des États-Unis qui doit être transférée à l'extérieur des États-Unis est assujettie aux contrôles des exportations.

Protection du consommateur — Conventions électroniques

Plusieurs mesures législatives ont conféré une plus grande certitude juridique au commerce électronique. En Ontario, par exemple, la *Loi de 2002 sur la protection du consommateur* (LPC) comprend des dispositions relatives au cybercommerce, une méthode utilisée par un grand nombre de consommateurs canadiens pour acheter et vendre des biens et des services, bien qu'elles s'appliquent généralement aussi en dehors du commerce électronique. Voir la section **Fabrication et vente de produits de consommation — Protection des consommateurs**.

Les fournisseurs sont réputés garantir, par exemple, que les services fournis aux termes d'une convention de consommation sont de « qualité raisonnablement acceptable ». La LPC étend également les garanties implicites prévues sous le régime de la *Loi sur la vente d'objets* aux marchandises fournies par location ou échange. Une autre disposition importante invalide toute exigence dans un contrat de consommation obligeant à soumettre les litiges à l'arbitrage, ce que certains commerçants utilisent pour tenter d'éviter un scénario de recours collectif. En outre, la LPC exige du commerçant qu'il divulgue et rend « accessible » au consommateur, avant la conclusion d'une convention électronique, une liste assez longue de renseignements « clairs, compréhensibles et bien en évidence ». Le commerçant doit également donner au consommateur la possibilité expresse d'accepter ou de refuser la convention électronique et d'en corriger les erreurs immédiatement avant de la conclure, et il doit remettre une copie de ladite convention électronique au consommateur dans les 15 jours suivant la conclusion de cette convention. Enfin, la LPC prévoit des règles relativement aux cartes prépayées, comme les cartes-cadeaux, qui constituent un segment de plus en plus important de l'économie axée sur la consommation, particulièrement en ligne. Ces règles prévoient diverses exigences et limites pour les émetteurs, par exemple la question de savoir si une carte-cadeau peut avoir une date d'expiration et si l'émetteur peut imputer des frais au consommateur. Des dispositions semblables réglementant les conventions électroniques

et les cartes prépayées ont été adoptées dans la majorité des provinces canadiennes.

Soulignons que les lois sur la protection des consommateurs sont actuellement en mutation et que les entreprises doivent être conscientes de l'évolution de la situation en ce qui a trait à la protection des consommateurs au Canada. À titre d'exemple, l'Ontario envisage de modifier considérablement la LPC en apportant des changements aux exigences en matière de divulgation des contrats et de consentement et en interdisant certaines clauses contractuelles¹, tandis que le Québec a proposé, le 1^{er} juin 2023, une loi qui modifie ses règles de protection des consommateurs afin d'interdire la vente de produits dont l'obsolescence est planifiée et d'introduire une garantie légale de bon fonctionnement pour certains biens neufs couramment utilisés².

Lois sur la preuve

La plupart des provinces et territoires du Canada ont édicté des règles de preuve qui portent expressément sur les documents électroniques. Ces lois exigent en général, en ce qui concerne les documents électroniques, l'application de la règle de la meilleure preuve en démontrant l'intégrité du système d'archivage électronique qui a servi à enregistrer ou à mettre en mémoire les documents. Ces dispositions permettent également de conclure à l'intégrité du système d'archivage électronique en s'appuyant sur la preuve que le dispositif électronique sous-jacent fonctionnait correctement. Bref, ces modifications législatives soutiennent l'admissibilité des documents électroniques, tout en permettant à une partie de contester la fiabilité du système ou du réseau informatique qui a servi à produire les documents.

À l'ère numérique, l'observation stricte et littérale des règles régissant la communication préalable, comme la Règle 30 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, se révélerait souvent fort onéreuse, accablante et, dans une large mesure, inutile pour les parties au litige. C'est pourquoi les juges canadiens privilégient de plus en plus l'observation des lignes directrices en matière d'administration de la preuve électronique par les parties à un litige. Ces lignes directrices peuvent notamment exiger que

-
- 1 <https://www.mccarthy.ca/en/insights/blogs/consumer-markets-perspectives/ontario-issues-consultation-paper-consumer-protection-legislation> (article disponible en anglais seulement).
 - 2 <https://www.mccarthy.ca/fr/references/blogues/consumer-markets-perspectives/le-gouvernement-propose-des-changements-la-loi-sur-la-protection-du-consommateur-pour-interdire-l-obsolescence-programmee>.

les parties à un litige examinent les questions relatives à l'administration de la preuve électronique et, entre autres choses, qu'elles circonscrivent la portée de l'administration de la preuve électronique afin de respecter la Règle 30. Voir la section [Règlement des différends – Administration de la preuve électronique](#). De plus, la pandémie de COVID-19 a accéléré l'adoption et l'utilisation des nouvelles technologies dans les tribunaux du Canada. De nombreux tribunaux canadiens ont continué à exiger ou à encourager le dépôt électronique de tous les documents relatifs aux litiges, avec des liens hypertextes vers la jurisprudence et les preuves pertinentes.

Lois sur le commerce électronique

Les provinces canadiennes ont adopté des lois sur le commerce électronique qui traitent d'un grand nombre de questions soulevées par la conduite d'activités commerciales par voie électronique, comme la validité des messages électroniques pour respecter les règles relatives à la forme écrite des documents juridiques. À titre d'exemple, la *Loi de 2000 sur le commerce électronique* de l'Ontario prévoit que l'obligation juridique selon laquelle un document doit se présenter par écrit est satisfaite par un document qui se présente sous forme électronique – comme un courriel – pourvu qu'il soit accessible de manière à être utilisable pour consultation ultérieure. Les lois provinciales sur le commerce électronique prévoient également que l'apposition d'une signature électronique est suffisante pour respecter toute exigence légale selon laquelle un document doit être signé. La définition de « signature électronique » est très large et comprend tous les renseignements électroniques qu'une personne crée ou utilise pour signer un document et qui se trouvent dans le document, y sont joints ou sont associés à celui-ci. La *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE) fédérale est un peu plus étroite et insiste sur les « signatures électroniques sécurisées », ce qui signifie actuellement pour le gouvernement un processus d'authentification fondé sur un système cryptographique à clé publique.

En plus des règles relatives à la signature et aux documents écrits, la plupart des lois provinciales sur le commerce électronique prévoient qu'une offre, l'acceptation d'une offre ou toute autre question liée à la formation ou à l'effet d'un contrat peut être exprimée au moyen de renseignements électroniques ou par un geste posé dans l'intention

de produire une communication électronique, comme toucher l'icône appropriée ou un autre endroit sur un écran d'ordinateur ou cliquer sur l'un ou l'autre, ou même parler. Ces règles sont utiles parce qu'elles confirment que les contrats conclus sur Internet ne seront pas non exécutoires du seul fait qu'ils se présentent sous forme électronique. Il existe au Canada une jurisprudence qui appuie le caractère exécutoire des consentements au moyen d'un simple clic sur un bouton. Le caractère exécutoire est cependant moins certain lorsque l'utilisateur n'est pas obligé de cliquer sur un bouton où il est expressément écrit « J'accepte », mais qu'il est plutôt dit, par exemple, que l'utilisation du site Web signifie que l'utilisateur en accepte les conditions.

Loi anti-pourriel

La *Loi canadienne anti-pourriel* (LCAP) est largement considérée comme l'une des plus strictes au monde. Cette loi met en œuvre un large éventail d'exigences visant à réduire les pourriels, l'usurpation d'identité, l'hameçonnage et l'utilisation de logiciels espions. Contrairement à la loi américaine *CAN-SPAM Act* qui permet aux entreprises d'envoyer des messages électroniques commerciaux sans le consentement préalable de leurs destinataires, pourvu qu'ils contiennent un mécanisme d'exclusion valide, la LCAP exige des entreprises qu'elles obtiennent un consentement valide avant même l'envoi du premier message électronique commercial aux destinataires prévus. Les infractions à la LCAP peuvent donner lieu à des sanctions administratives pécuniaires maximales de 1 million de dollars canadiens dans le cas de particuliers et de 10 millions de dollars canadiens dans le cas de tout autre contrevenant. Depuis l'entrée en vigueur de la LCAP, l'organisme chargé de la faire respecter, soit le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), a reçu de nombreuses plaintes de Canadiens; toutefois, il n'a rendu jusqu'à présent que peu de décisions relativement à son application. Notamment, dans un cas au moins, le CRTC a attribué à un particulier la responsabilité, aux termes de la LCAP, d'infractions commises par une société. En avril 2019, le CRTC a imposé une sanction administrative pécuniaire de 100 000 dollars à un administrateur d'une société en lien avec l'envoi de courriels commerciaux à des destinataires au Canada. Pour en arriver à cette décision, le CRTC a évalué la capacité de payer de l'administrateur, son expérience en matière de plateformes de diffusion par courriel, ainsi que l'importance de cette méthode de marketing pour son entreprise. Le CRTC a insisté sur le fait que le but

de la sanction était de favoriser le respect de la LCAP et a imposé l'amende de 100 000 dollars afin de s'assurer que cet administrateur en particulier se conforme à la LCAP dans toute entreprise future.

Logiciels anti-espion / témoins de connexion

En vertu de l'article 8 de la LCAP, les entreprises doivent normalement obtenir le consentement de l'utilisateur si elles utilisent des programmes qui installent des logiciels ou d'autres programmes sur son système informatique. La LCAP prévoit qu'une demande de consentement explicite doit indiquer la raison pour laquelle le consentement est demandé ainsi que la fonction du programme informatique et le nom, l'adresse postale et le numéro de téléphone ou l'adresse électronique de l'entité qui demande le consentement. Toutefois, pour certains types de programmes tels que les témoins de connexion, le consentement explicite pour enregistrer des renseignements concernant des utilisateurs est réputé avoir déjà été obtenu sans en faire la demande, pour autant que le comportement de l'utilisateur permette raisonnablement de penser qu'il a consenti à l'installation du programme. À titre d'exemple, le consentement n'est pas présumé avoir été obtenu pour l'installation de témoins de connexion sur le système informatique d'un utilisateur si ce dernier désactive les témoins dans son navigateur³.

Il convient de noter qu'à compter du 22 septembre 2023, en vertu de la loi modifiée du Québec sur la protection des renseignements personnels, les technologies qui recueillent des renseignements personnels et qui permettent d'identifier ou de localiser une personne ou d'établir son profil doivent être désactivées par défaut, et la personne doit être avisée de l'utilisation de ces technologies et des moyens disponibles pour activer les fonctions qui permettent de l'identifier, de la localiser ou d'établir son profil.

Libelle sur Internet

Le libelle sur Internet est défini comme étant la publication de renseignements portant atteinte à la réputation d'autrui au moyen d'un système informatique, sans excuse légitime. Dans des décisions récentes rendues par des tribunaux canadiens, d'importants dommages pécuniaires ont été accordés à des demandeurs victimes de libelle par des défendeurs qui envoyaient des courriels diffamatoires et qui

3 Idem.

affichaient en ligne d'autres propos de même nature au sujet des demandeurs. Le libelle sur Internet peut revêtir diverses formes. En février 2021, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a même accordé une réparation novatrice pour le « délit de harcèlement sur Internet », devenant ainsi la première cour de common law en dehors des États-Unis à le faire⁴. L'affaire concernait la dissémination d'accusations fallacieuses et préjudiciables affichées en ligne par le défendeur au sujet du demandeur. Comme la Cour a conclu que les délits précédemment reconnus, tels que la diffamation, l'intrusion dans l'intimité (atteinte à la vie privée) et l'infliction intentionnelle de souffrance psychologique, n'étaient pas adaptés aux faits de l'espèce, elle a donc reconnu le délit de harcèlement sur Internet⁵.

De plus en plus, la jurisprudence en matière de libelle sur Internet tend à diminuer la responsabilité potentielle des hôtes de forums de discussion en ligne. En règle générale, un hôte Internet sera traité comme un non-éditeur (instrument passif) jusqu'à ce qu'un demandeur potentiel notifie qu'il a été victime de libelle sur le site de l'hôte. Si l'hôte ne retire pas le contenu après la notification, le tribunal peut décider que l'hôte est responsable par omission⁶.

Compétence

Dans les domaines du droit criminel, du droit quasi criminel et de la réglementation, les tribunaux et organismes de réglementation canadiens semblent peu hésiter à exercer leur compétence sur une conduite liée à Internet émanant de l'étranger qu'ils jugent nuisible à l'intérêt public, à condition qu'il y ait un lien réel et substantiel entre la compétence du tribunal ou de l'organisme de réglementation et les faits relatifs à la conduite.

Les organisations doivent se montrer transparentes quant à leurs pratiques de gestion des renseignements personnels. Cela implique notamment d'aviser les clients de la possibilité que leurs renseignements personnels soient envoyés dans un autre territoire pour y être traités et que les tribunaux, les forces de l'ordre et les autorités chargées de

4 <https://www.mccarthy.ca/en/insights/blogs/techlex/tort-internet-harassment-new-tort-extraordinary-remedy> (article disponible en anglais seulement).

5 <https://www.canlii.org/en/on/onsc/doc/2021/2021onsc670/2021onsc670.html?resultIndex=1#document> au paragraphe 171 (décision disponible en anglais seulement).

6 Emily B. Laidlaw et Hilary Young, Internet Intermediary Liability in Defamation, 2019 56-1 Osgoode Hall Law Journal 112, 2019 CanLIDocs 3965, page 122, <https://canlii.ca/t/sqlp>.

la sécurité nationale de cet autre territoire puissent y accéder. De plus, les transferts de renseignements personnels hors du Québec (y compris vers une autre province) entraînent des obligations supplémentaires, telles que l'évaluation des facteurs liés au respect de la vie privée avant le transfert.

Droit criminel et rançongiciels

En général, le gouvernement canadien a fait des avancées utiles dans la lutte aux délits informatiques en apportant continuellement, depuis 20 ans, des modifications au *Code criminel du Canada* pour rivaliser avec les auteurs de délits informatiques. Les technologies et les pratiques technologiques et commerciales liées à Internet et à l'informatique soulèvent toutefois un grand nombre de nouvelles questions sur ces modifications et les anciennes dispositions du *Code criminel du Canada* qui font ressortir le défi que représente notamment l'application de lois pénales nationales à un environnement technologique de plus en plus planétaire. Alors que les technologies ne cessent d'évoluer, l'applicabilité du *Code criminel du Canada* à l'égard de certains comportements préjudiciables demeure incertaine.

Le Centre canadien pour la cybersécurité joue un rôle de premier plan dans la réponse du gouvernement en matière de cybersécurité et considère les rançongiciels comme l'une des formes les plus courantes de cyberattaques au Canada⁷. Les rançongiciels sont des logiciels malveillants utilisés par les cybercriminels pour infecter un appareil et bloquer l'accès à ses fichiers et données en échange d'une rançon. Une fois qu'un ordinateur ou un réseau est infecté par un rançongiciel, le logiciel est capable de restreindre l'accès au système ou de chiffrer les données qu'il contient.

L'idée selon laquelle les cyberattaques utilisent des rançongiciels en ciblant uniquement des « entreprises qui gèrent de données » est erronée. Toutes les sociétés conservent des données dans leurs systèmes et les cybercriminels ont commencé à cibler également les entreprises qui ne spécialisent pas dans la gestion de données⁸. Par conséquent, il est important de gérer adéquatement le risque posé par les rançongiciels en s'assurant de prendre les mesures de précaution appropriées avant qu'un incident ne se produise. Les entreprises peuvent agir de manière

7 <https://www.cyber.gc.ca/fr/orientation/rancongiels-comment-ne-pas-perdre-lacces-ses-appareils>.

8 <https://www.mccarthy.ca/en/insights/blogs/techlex/emerging-developments-ransomware> (article disponible en anglais seulement).

proactive en établissant un solide cadre de cybersécurité composé de ressources organisationnelles qui sont en mesure d'évaluer et d'atténuer les risques de cybersécurité tels que les rançongiciels⁹. Une bonne gestion des risques passe également par l'élaboration de plans d'intervention en matière de cybersécurité en cas d'attaque par un rançongiciel. Le plan doit aborder des questions particulières comme la décision de payer ou non la rançon et la détermination du moment où il pourrait être nécessaire de faire appel à des avocats et des experts-conseils externes¹⁰.

Intelligence artificielle (IA)

L'IA est en train de transformer la façon dont les affaires sont menées au Canada et dans le reste du monde. L'IA englobe un large éventail de technologies, allant des robots conversationnels et des outils de prise de décisions aux logiciels qui génèrent des documents entiers, des images et d'autres contenus. Bien que les gouvernements provinciaux et fédéral envisagent et élaborent des réglementations en matière d'IA, seul le Québec disposera, à compter du 22 septembre 2023, d'une législation en vigueur traitant directement des questions liées à l'IA, et dans ce cas, uniquement pour exiger des organisations qu'elles fassent certaines divulgations en rapport avec les décisions qu'elles prennent et qui sont fondées exclusivement sur le traitement automatisé des renseignements personnels d'un particulier.

Le gouvernement fédéral a proposé la *Loi sur l'intelligence artificielle et les données* (LIAD) pour réglementer la conception, le développement et l'utilisation de l'IA dans le secteur privé¹¹, loi qui devrait entrer en vigueur au plus tôt en 2025¹². De nombreux détails de la LIAD devront être définis dans les réglementations futures, et les consultations avec les parties prenantes au cours de cette période pourraient modifier la LIAD de manière significative par rapport à son état actuel. Telle qu'elle est proposée, la LIAD imposera notamment des obligations de conformité importantes aux responsables des systèmes d'intelligence artificielle « à incidence élevée » (qui restent à définir) et donnera au ministre de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique des pouvoirs étendus pour faire sanctionner les violations de la LIAD, y

9 <https://www.mccarthy.ca/en/insights/blogs/techlex/ransomware-avoidance-and-response> (article disponible en anglais seulement).

10 Idem.

11 <https://www.parl.ca/DocumentViewer/fr/44-1/projet-loi/C-27/premiere-lecture>.

12 <https://ised-isde.canada.ca/site/innover-meilleur-canada/fr/loi-lintelligence-artificielle-donnees-liad-document-complementaire>.

compris en imposant des amendes maximales de 10 millions de dollars ou de trois pour cent du revenu mondial brut, selon le montant le plus élevé. Bien qu'il soit difficile de prévoir la forme et l'effet définitifs de la LIAD, le secteur de l'IA continuera d'être une cible importante pour la réglementation et aura probablement une grande incidence sur la façon dont de nombreuses organisations mèneront leurs activités dans un proche avenir.

**POUR EN SAVOIR PLUS,
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC L'UNE DES PERSONNES SUIVANTES :**

Christine Ing

christineing@mccarthy.ca

416-601-7713

Michael Scherman

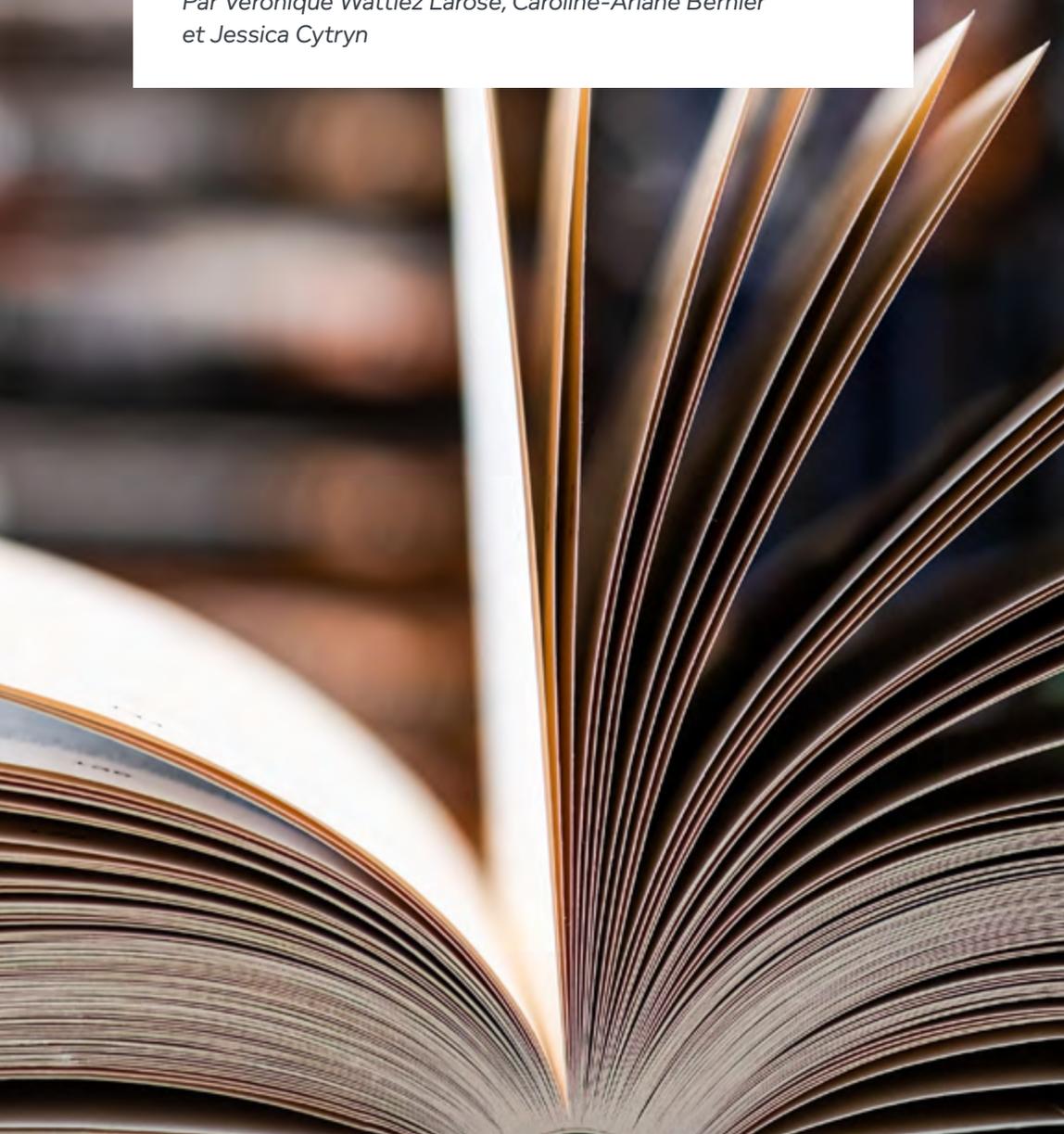
mscherman@mccarthy.ca

416-601-8861

LANGUE

À l'extérieur du Québec	137
Au Québec	138
Droit d'être informés et servis en français	138
Obligations des employeurs en matière de langue	141

*Par Véronique Wattiez Larose, Caroline-Ariane Bernier
et Jessica Cytryn*



LANGUE

Dans la majeure partie du Canada, les règles linguistiques s'appliquent principalement aux institutions gouvernementales et non aux entreprises privées. La Constitution du Canada accorde à l'anglais et au français un statut égal quant à leur emploi au Parlement et dans les cours fédérales. Dans certaines provinces, dont le Québec, toutes les lois doivent être publiées en anglais et en français. La *Loi sur les langues officielles* fédérale, qu'est venue appuyer plus tard la *Charte canadienne des droits et libertés*, exige que toutes les institutions fédérales offrent des services dans les deux langues officielles là où la demande est importante ou lorsque les services sont fournis au public voyageur. L'instruction publique est offerte dans les deux langues officielles lorsque le nombre le justifie.

LA CONSTITUTION DU CANADA ACCORDE À L'ANGLAIS ET AU FRANÇAIS UN STATUT ÉGAL QUANT À LEUR EMPLOI AU PARLEMENT ET DANS LES COURS FÉDÉRALES.

À l'extérieur du Québec

À l'extérieur du Québec, l'emballage des produits de consommation constitue la principale exception aux règles relatives au secteur public. Les règlements établis aux termes de la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation* fédérale précisent les renseignements spécifiques devant paraître sur l'étiquette d'un produit de consommation préemballé vendu au Canada. Ces renseignements doivent être indiqués en anglais et en français. Il existe des exceptions qui concernent, notamment, les produits ayant un caractère religieux, les produits de marchés de spécialité et les produits d'essai, ainsi que les produits qui sont étiquetés dans la langue qui convient aux produits, comme les livres et les cartes de souhaits. Les produits ne respectant pas les directives établies par la loi peuvent être saisis et éventuellement détruits par les autorités fédérales.

Bien que le Canada soit bilingue dans la sphère de compétence fédérale, les autres gouvernements canadiens appliquent leur propre politique linguistique pour tout ce qui relève de leur compétence. Le Nouveau-Brunswick et les trois territoires nordiques sont officiellement bilingues. Plusieurs provinces ont adopté des lois qui exigent la prestation de services publics en français, lorsque la situation le justifie. Mais seules les lois linguistiques du Québec régissent le fonctionnement des entreprises.

Au Québec

La *Charte de la langue française* du Québec (la « Charte ») reconnaît le français comme la langue officielle de la province, la seule langue de la nation québécoise et l'un des fondements de son identité et de sa culture distincte. La Charte accorde à toute personne vivant au Québec, travailleur ou consommateur de biens et services, le droit d'exercer ses activités en français. Quiconque mène des activités au Québec est donc assujéti à des règles sur la façon d'interagir avec le public et sur le fonctionnement interne à l'intérieur de la province.

Le 1^{er} juin 2022, des modifications majeures à la Charte sont entrées en vigueur au Québec, apportées par le Projet de loi 96, la *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*. Ces modifications ont un impact aussi bien sur le secteur public que privé. Le Projet de loi 96 vise à clarifier et à renforcer les dispositions de la Charte, à apporter de nouvelles exigences et restrictions, et à renforcer le rôle de l'Office québécois de la langue française (« OQLF »), l'organe gouvernemental responsable de veiller au respect de la Charte. Certaines dispositions entrent en vigueur graduellement, sur une période de trois ans. Certaines modifications du *Règlement sur la langue du commerce et des affaires* (le « Règlement ») sont également à venir.

Droit d'être informés et servis en français

La Charte prévoit le droit pour les consommateurs d'être informés et servis en français, mais ces exigences s'étendent également aux clients non consommateurs et aux organismes de l'Administration puisqu'elles imposent aux entreprises d'offrir des biens et des services en français. Cette obligation est divisée en plusieurs obligations précises sur la façon dont les entreprises et leurs clients doivent interagir.

Toute inscription sur un produit, sur son contenant ou sur son emballage, sur un document ou objet accompagnant ce produit, y compris le mode d'emploi et les certificats de garantie, doit être rédigée en français. Le texte français peut être assorti d'une ou plusieurs traductions, mais aucune inscription rédigée dans une autre langue ne doit l'emporter sur celle qui est rédigée en français ou être accessible dans des conditions plus favorables. Le Règlement permet à certains termes d'apparaître en anglais seulement, par exemple les marques de commerce. Bien que cette exception soit actuellement applicable aux marques de commerce



« reconnues » par la loi canadienne sur les marques de commerce (on peut affirmer que cela inclut à la fois les marques de commerce pour lesquelles une demande est en instance et les marques de commerce protégées par la common law), le Projet de loi 96 a réduit la portée de cette exception. À partir du 1^{er} juin 2025, cette exception ne sera applicable qu'aux marques déposées, sous réserve qu'aucune version française correspondante n'apparaisse dans la Base de données sur les marques de commerce canadiennes. De plus, à compter de la même date, si un générique ou un descriptif du produit est compris dans cette marque, celui-ci doit figurer en français sur le produit ou sur un support qui s'y rattache de manière permanente.

Dans le cas des logiciels, si une version française du logiciel existe et qu'elle a été commercialisée, les versions dans d'autres langues que le français peuvent être vendues au Québec uniquement si une version fonctionnelle équivalente en langue française est offerte simultanément au Québec à des conditions tout aussi intéressantes que celles applicables à la version dans une autre langue.

Même si les produits sont facturés ou créés en dehors du Québec, toute personne distribuant, vendant au détail, louant, offrant en vente ou en location, offrant autrement sur le marché ou détenant à ces fins un produit non conforme au Québec (à titre onéreux ou gratuit) peut faire l'objet d'une ordonnance de non-conformité, et éventuellement d'une amende, en application de la Charte.

Les documents et les communications de marketing, les catalogues, les brochures, les dépliants, les annuaires commerciaux et tout autre document de même nature doivent être rédigés en français. Ces documents ne peuvent être rendus accessibles au public dans une autre langue que le français lorsque leur version française n'est pas accessible dans des conditions au moins aussi favorables. Cette règle s'applique également aux sites Web et aux médias sociaux.

L'affichage public fait également l'objet d'exigences linguistiques particulières. En règle générale, les panneaux publics, les affiches et la publicité commerciale peuvent comporter d'autres langues, mais le texte français doit prédominer (sa taille doit faire le double environ) dans la mesure prévue par le Règlement. À l'instar de l'exception prévue pour les produits, une marque reconnue au sens de la législation canadienne sur



les marques de commerce peut figurer sur des panneaux et des affiches publics exclusivement dans une langue autre que le français, à condition que la version française ne soit pas déposée. Le Projet de loi 96 réduit aussi la portée de cette exception et, à compter du 1^{er} juin 2025, elle ne sera applicable qu'aux marques déposées.

Ceci étant dit, si une marque de commerce uniquement en anglais apparaît sur des affiches et des panneaux publics affichés à l'extérieur d'un immeuble, une présence suffisante du français est requise (au 1^{er} juin 2025, cette exigence sera renforcée et le français devra alors être nettement prédominant, c'est-à-dire que la taille du texte en français devra correspondre au double de la taille de la marque de commerce). Pour répondre à ces exigences, il faut que l'un des trois éléments suivants soit présent en français : i) un générique ou un descriptif des produits ou des services visés; ii) un slogan; ou iii) tout autre terme ou mention, en privilégiant l'affichage d'information portant sur les produits ou les services au bénéfice des consommateurs ou des personnes qui fréquentent les lieux. Cette exigence vise à répondre aux préoccupations exprimées par certains consommateurs francophones du Québec, à savoir que les marques de commerce en anglais dominent le paysage commercial dans certaines villes.

LES RÈGLES QUI RÉGISSENT LA FAÇON DONT LES ENTREPRISES COMMUNIQUENT AU QUÉBEC DIFFÈRENT SELON QUE LA COMMUNICATION EST DIFFUSÉE DANS UN LIEU PUBLIC OU PRIVÉ.

Ces règles peuvent varier en fonction du lieu (public ou privé) de la communication. Les panneaux-réclame et les enseignes visibles d'une voie publique, sur un véhicule de transport public ou dans un aribus doivent être rédigés exclusivement en français.

Enfin, les contrats d'adhésion (par exemple les conditions d'utilisation et les politiques sur la protection des renseignements d'un site Web) doivent désormais être présentés en français à la partie qui y adhère avant qu'elle n'accepte de signer la version seulement en anglais du contrat en question. Cette règle ne s'applique pas aux contrats négociés entre les parties contractantes, ni aux contrats utilisés dans le cadre de relations en dehors du Québec.



Obligations des employeurs en matière de langue¹

Les employeurs doivent veiller à ce que le droit des travailleurs à exercer leurs activités en français soit respecté et à ce que le milieu de travail soit exempt de discrimination ou de harcèlement lié à l'utilisation du français ou à la revendication d'un droit découlant de la Charte. Un salarié peut déposer une plainte auprès de la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (CNESST) si un employeur ne respecte pas ses obligations.

Les offres d'emploi, les contrats de travail et les offres de promotion doivent être fournis d'abord en français; c'est seulement une fois que le candidat ou salarié a consulté la version française qu'il peut décider d'être lié par une version anglaise. Tous les autres documents relatifs aux conditions de travail, y compris les documents relatifs aux avantages collectifs et aux politiques de l'employeur, ainsi que les documents de formation, doivent être rédigés en français ou, s'ils sont rédigés dans une autre langue, ils doivent être accessibles en français dans des conditions au moins aussi favorables. Un employeur diffusant une offre d'emploi dans une langue autre que le français doit veiller à ce que l'offre d'emploi dans l'autre langue soit diffusée simultanément, par des moyens de transmission de même nature et atteignant publique cible de taille comparable, toutes proportions gardées. De plus, le fait d'exiger d'une personne la connaissance d'une langue autre que le français est autorisé uniquement si l'employeur a, au préalable, pris toutes les mesures raisonnables pour éviter d'imposer cette exigence, et les raisons de cette exigence doivent être indiquées dans l'offre d'emploi.

Le Projet de loi 96 introduit également l'obligation pour l'employeur de rédiger les communications écrites à ses salariés (cela ne concerne pas les communications entre collègues) en français, sauf si le salarié demande qu'elles soient rédigées en anglais. Bien que les communications orales ne soient pas abordées explicitement par la Charte, il est recommandé aux employeurs de veiller attentivement à ce que les salariés parlant français sentent qu'on respecte leur droit à travailler en français et qu'ils ne sont pas désavantagés par rapport aux autres salariés du fait que les communications orales se déroulent uniquement en anglais.

1 <https://www.mccarthy.ca/fr/references/blogues/conseiller-de-lemployeur/projet-de-loi-96-impacts-sur-les-employeurs>; <https://www.mccarthy.ca/fr/references/blogues/consumer-markets-perspectives/le-projet-de-loi-96-du-quebec-modifiant-la-loi-sur-la-langue-francaise-comment-votre-entreprise-sera-t-elle-touchee>.



Francisation

Au Québec, les entreprises ayant 50 salariés ou plus durant une période de six mois (ce seuil sera réduit à 25 salariés au 1^{er} juin 2025) doivent s'inscrire auprès de l'OQLF. Elles doivent également transmettre à l'OQLF, dans les trois mois de la date de délivrance de leur attestation d'inscription, une analyse de leur situation linguistique. Si l'OQLF estime, après examen de l'analyse de la situation linguistique de l'entreprise, que l'utilisation du français est généralisée à tous les niveaux de celle-ci selon les termes de la Charte, il lui délivre un certificat de francisation. Si ce n'est pas le cas, l'entreprise doit adopter un programme de francisation pour y parvenir. Les obligations en matière de francisation dépendent du nombre de salariés au Québec dans l'entreprise, et il peut être requis d'instituer un comité de francisation chargé de surveiller l'utilisation du français sur le lieu de travail. Le Projet de loi 96 a également créé une unité administrative, « Francisation Québec », chargée de fournir des services d'apprentissage de la langue française aux personnes n'étant pas en mesure de communiquer en français et étant employées par une entreprise employant moins de cinq personnes.

Interactions avec le gouvernement du Québec

À quelques exceptions près, les communications écrites des exploitants d'entreprises au Québec avec l'Administration doivent être rédigées en français. De plus, tous les documents conclus par l'Administration du Québec, comme les contrats ainsi que les documents envoyés dans le cadre d'un contrat ou en vue d'en conclure un, doivent être écrits exclusivement en français. D'une façon semblable à la règle qui s'applique déjà, le fait que l'entreprise exerce ses activités au Québec ou non peut justifier des exceptions, certains documents pouvant ainsi être rédigés dans une autre langue.

Cas d'inobservation

Le non-respect des exigences de la Charte peut entraîner des amendes ainsi que l'éventuelle suspension ou révocation du certificat de francisation (qui est souvent obligatoire dans le cadre d'attributions de marchés publics) en cas de contraventions répétées à la Charte.

De plus, le Projet de loi 96 permet aux personnes qui estiment que leurs droits découlant de la Charte ont été violés d'intenter une action civil.



Enfin, les dispositions d'un contrat, d'une décision ou d'une autre loi qui entraînent un préjudice en contrevenant aux dispositions de la Charte peuvent être annulées à la demande de la personne victime du préjudice.

Les amendes aux entreprises en cas de manquement à la Charte peuvent varier entre 3 000 \$ CA et 30 000 \$ CA. Le Projet de loi 96 prévoit le doublement des amendes pour une première récidive et leur triplement pour toute récidive additionnelle, et considère chaque jour durant laquelle l'infraction se poursuit comme une infraction distincte. Enfin, il permet à l'OQLF de demander une injonction pour obliger la conformité aux exigences de la Charte ou encore une ordonnance judiciaire pour que soient enlevées et détruites les affiches, les enseignes ou les annonces qui contreviennent à la Charte, et ce, aux frais de l'entreprise contrevenante.

**POUR EN SAVOIR PLUS,
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC L'UNE DES PERSONNES SUIVANTES :**

Véronique Wattiez Larose

vwlarose@mccarthy.ca

514-397-4249

Caroline-Ariane Bernier

cabernier@mccarthy.ca

514-397-7858



IMMIGRATION DES GENS D’AFFAIRES

Introduction	145
Travailler au Canada	145
Travail dispensé de permis de travail	146
Travail qui nécessite un permis de travail	149
Programme des travailleurs étrangers temporaires (PTET)	149
Programme de mobilité internationale (PMI)	151
Demande de permis de travail	154
Autres éléments à prendre en compte	155
Unité pour la mobilité internationale des travailleurs	155
Étudiants internationaux	156
Programmes spécifiques	157
Programmes propres à certains pays	158
Obligations des employeurs envers les étrangers	159
Résidents permanents	160
Interdiction de territoire	161
Conclusion	161

Par Stéphane Duval et Shefali Tanna

IMMIGRATION DES GENS D'AFFAIRES

Introduction

L'immigration des gens d'affaires et la mobilité mondiale sont devenues des facteurs importants pour la croissance du Canada et de son économie. En effet, le gouvernement fédéral a annoncé des plans ambitieux pour accueillir plus de 500 000 immigrants en 2025, avec une augmentation régulière de 50 000 immigrants par an au cours des trois prochaines années. Ce phénomène, combiné à une pénurie avérée de compétences nationales, amène de plus en plus d'entreprises à faire appel à des travailleurs étrangers temporaires pour pallier les pénuries de main-d'œuvre ou de compétences.

Le droit d'immigration canadien est constitué de lois fédérales et provinciales, de règlements connexes et d'instructions ministérielles. Ces lois régissent la capacité des personnes qui ne sont ni citoyens canadiens ni résidents permanents à être légalement admises au Canada, que ce soit pour visiter, étudier, travailler ou s'installer de façon permanente.

Le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le « Règlement ») impose un régime de conformité rigoureux qui vise à s'assurer que les employeurs canadiens respectent les conditions de rémunération et de travail des étrangers et prévoit des sanctions sévères en cas de non-conformité (y compris une période d'inadmissibilité à l'embauche de ressortissants étrangers et des poursuites pénales). Le non-respect des obligations peut avoir de graves conséquences pour une entreprise, ses dirigeants et ses cadres.

La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la « Loi ») énonce les exigences en matière d'admission au Canada en tant qu'immigrant, en matière de protection des réfugiés, d'application de la loi et de droits aux recours.

Travailler au Canada

En règle générale, tout étranger qui n'est ni citoyen canadien ni résident permanent du Canada ne peut travailler au Canada sans y être autorisé. Aux fins de l'immigration canadienne, le terme « travail » est défini comme étant « une activité qui donne lieu au paiement d'un salaire ou d'une commission, ou qui est en concurrence directe avec les activités des



citoyens canadiens ou des résidents permanents sur le marché du travail au Canada »¹.

Il est souvent simple de déterminer s'il y a *paiement d'un salaire ou d'une commission* au Canada; toutefois, l'absence de paiement d'un salaire n'annule pas en soi l'exigence d'un permis de travail. La deuxième partie du test, qui consiste à déterminer s'il y aura *concurrence directe avec les activités des citoyens canadiens ou des résidents permanents sur le marché du travail au Canada*, est plus difficile. Afin de trancher, les agents d'immigration se demanderont si le ressortissant étranger mènera une activité là où des citoyens canadiens ou des résidents permanents (des « Canadiens ») sont disponibles, ou si le poste du ressortissant étranger entrera en compétition avec les emplois canadiens. Si c'est le cas, l'étranger sera considéré comme cherchant à travailler au Canada, et l'agent déterminera alors : i) si un permis de travail est nécessaire; ou ii) si le travail en question appartient à l'une des catégories de travail pour lesquelles un permis de travail n'est pas exigé (dispensé de permis de travail).

Travail dispensé de permis de travail

En général, les étrangers qui entrent au Canada en visite d'affaires n'ont pas besoin de permis de travail. Au sens des lois canadiennes relatives à l'immigration, un « visiteur commercial » est « *un visiteur qui cherche à participer à des activités commerciales internationales au Canada sans s'intégrer directement au marché du travail au Canada* »².

Pour qu'un étranger puisse être admis au Canada à titre de visiteur commercial et bénéficier de toute dispense de permis de travail applicable, il doit satisfaire aux critères suivants :

- Il ne doit avoir aucune intention de s'intégrer au marché du travail canadien; L'étranger ne s'intègre pas directement au marché du travail canadien si :
 - la principale source de rémunération de ses activités commerciales se situe à l'extérieur du Canada;
 - son principal établissement demeure principalement à l'extérieur du Canada; et

1 Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (SOR /2002-227), s. 1(1).

2 Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (SOR /2002-227), s. 187.

- le lieu où il réalise ses bénéfices demeure principalement à l'extérieur du Canada³.
- L'activité du travailleur étranger doit avoir une portée internationale. Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada (« IRCC ») propose la définition suivante de « visiteur commercial » et donne quelques exemples⁴ :
 - Un visiteur commercial est une personne venant au Canada pour des activités commerciales internationales sans s'intégrer directement au marché du travail canadien.
 - Il peut s'agir par exemple d'une personne qui vient au Canada pour rencontrer des représentants d'entreprises qui font des affaires avec son pays ou pour observer des lieux de travail, parce qu'une entreprise canadienne l'a invitée pour suivre une formation sur l'utilisation d'un produit, la vente ou d'autres fonctions liées à une transaction commerciale.
 - Ces personnes n'ont pas besoin d'un permis de travail pour venir au Canada. Les visiteurs commerciaux doivent prouver que leur principale source de revenus et leur siège social sont à l'extérieur du Canada.

De plus, les autorités canadiennes d'immigration⁵ ont énoncé des situations précises dans lesquelles le travail effectué au Canada sera exempté de permis de travail. Ces situations incluent notamment les cas où un étranger voyage au Canada pour :

- **Fournir un service après-vente/de location** : les étrangers qui viennent réparer et entretenir des équipements spécialisés, achetés ou loués à l'extérieur du Canada, à condition que le service effectué ait été négocié dans le cadre de l'entente de vente initiale ou prolongée, de l'entente de location, de la garantie ou du contrat de service, peuvent être admis en tant que visiteurs commerciaux. Les activités acceptables comprennent la réparation, l'entretien, l'installation, la mise à l'essai et la supervision de travaux effectués sur des équipements commerciaux ou industriels (y compris des

3 Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (SOR /2002-227), s. 187(3).

4 <https://www.cic.gc.ca/francais/centre-aide/reponse.asp?qnum=434&top=16%2E>

5 Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada : Instructions et lignes directrices opérationnelles.

logiciels). Les services d'installation ne comprennent généralement pas l'installation pratique effectuée par des ouvriers du bâtiment.

Cette catégorie comprend les étrangers qui cherchent à entrer au Canada pour superviser l'installation de machineries spécialisées achetées ou louées à l'extérieur du Canada ou pour superviser le démantèlement de l'équipement ou de la machinerie acheté au Canada en vue de leur réinstallation à l'étranger.

- **Agir en tant que formateurs et stagiaires** : les ressortissants étrangers entrant au Canada pour fournir des services de familiarisation ou de formation à des utilisateurs potentiels ou au personnel d'entretien de l'établissement après l'installation d'équipements spécialisés achetés ou loués à l'extérieur du Canada sont considérés comme des visiteurs commerciaux.
- **Assurer des activités de formation et d'installation au sein de l'entreprise** : les ressortissants étrangers qui viennent dispenser une formation ou procéder à l'installation d'équipements pour une succursale ou une filiale de leur employeur étranger sont considérés comme des visiteurs commerciaux. L'interdiction d'effectuer des travaux pratiques de construction s'applique de la même manière que pour le service après-vente.
- **Réunions du conseil d'administration** : les ressortissants étrangers qui assistent à une réunion en tant que membres d'un conseil d'administration peuvent entrer au Canada en tant que visiteurs commerciaux.
- **Travail à court terme effectué par des travailleurs hautement qualifiés** : les étrangers hautement qualifiés dont la profession relève de la catégorie Formation, études, expérience et responsabilités (FEER) 0 ou 1 de la Classification nationale des professions (CNP) peuvent travailler au Canada pendant 15 jours une fois tous les six mois ou pendant 30 jours une fois tous les 12 mois sans permis de travail.
- **Chercheurs** : les étrangers qui viennent mener des recherches sur invitation d'un établissement postsecondaire canadien financé par des fonds publics et décernant des diplômes, ou d'un établissement de recherche affilié, peuvent venir au Canada pour travailler sur ce projet pendant 120 jours/quatre mois, une fois par an, sans permis de travail.

Travail qui nécessite un permis de travail

En règle générale, le travail qui n'est pas dispensé de permis de travail nécessite un permis de travail en vertu de l'un des deux programmes au Canada, soit le Programme des travailleurs étrangers temporaires (« PTET ») ou le Programme de mobilité internationale (« PMI »).

Programme des travailleurs étrangers temporaires (PTET)

Programme régulier

Le PTET permet aux employeurs canadiens d'embaucher des travailleurs étrangers pour combler des pénuries temporaires de main-d'œuvre et de compétences lorsque des citoyens canadiens ou des résidents permanents qualifiés ne sont pas disponibles. Ce programme est géré conjointement par Emploi et développement social Canada (EDSC) et IRCC. En vertu de ce programme, les employeurs doivent démontrer qu'ils n'ont pas été en mesure de recruter des citoyens canadiens ou des résidents permanents pour l'emploi.

Aux termes du PTET, l'employeur doit d'abord obtenir une Étude d'impact sur le marché du travail (EIMT) favorable pour que l'étranger présente ensuite une demande de permis de travail. Une EIMT est un document émis par EDSC à la suite d'une évaluation approfondie du marché du travail canadien afin de déterminer si des citoyens canadiens ou des résidents permanents sont disponibles ou non pour entreprendre le type de travail en question. Dans la plupart des cas, les employeurs doivent annoncer le poste publiquement pendant au moins quatre semaines par le biais d'une série de méthodes énumérées afin de prouver si l'emploi d'un travailleur étranger est susceptible de combler ou non une pénurie de main-d'œuvre.

La demande d'EIMT doit aussi démontrer que :

- le salaire offert à un travailleur étranger correspond aux taux de salaire courants pour la profession et la ou les régions dans laquelle le travailleur sera employé et les conditions de travail offertes à l'étranger satisfont aux normes canadiennes généralement acceptées;
- le travail de l'étranger est susceptible d'entraîner la création directe ou le maintien d'emplois pour des citoyens canadiens ou des résidents permanents;

- le travail de l'étranger est susceptible d'entraîner le développement ou le transfert de compétences ou de connaissances au profit des citoyens canadiens ou des résidents permanents;
- l'employeur a fait ou accepté de faire des efforts raisonnables pour embaucher ou former des citoyens canadiens ou des résidents permanents; et
- le travail de l'étranger n'est pas susceptible de nuire au règlement d'un conflit de travail en cours ou à l'emploi de toute personne touchée par ce conflit⁶.

Si toutes les conditions sont remplies, une décision favorable sera délivrée suite à l'EIMT et l'étranger pourra alors présenter une demande de permis de travail soit au point d'entrée à son arrivée, s'il provient d'un pays dispensé de visa, soit au bureau canadien des visas dans son pays de citoyenneté ou de résidence légale (voir ci-dessous, **Demande de permis de travail**).

Volet des talents mondiaux

Le gouvernement du Canada a reconnu l'importance d'attirer des personnes très qualifiées pouvant contribuer à l'économie canadienne, en particulier lorsqu'il y a un manque de talent national dans certains domaines.

Le gouvernement a notamment démontré son engagement à attirer les meilleurs talents en créant et en lançant le Volet des talents mondiaux (VTM). Le VTM offre un service adapté, prévisible, exécuté en temps opportun et axé sur le client qui vise à permettre aux employeurs d'accéder à des talents hautement qualifiés du monde entier afin d'élargir leur main-d'œuvre au Canada et d'être concurrentiel à l'échelle mondiale.

Le VTM est divisé en deux catégories :

- la catégorie A est destinée aux employeurs qui ont été orientés vers ce volet par un partenaire de recommandation désigné et qui désirent embaucher des travailleurs étrangers possédant des compétences uniques et spécialisées dans un domaine d'intérêt pour permettre à l'employeur de prendre de l'expansion et d'assurer sa croissance;

6 *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (DORS/2002-227), art. 187.*

- la catégorie B est destinée aux employeurs cherchant à embaucher des travailleurs hautement qualifiés pour pourvoir des postes figurant sur la liste des professions exigeant des talents mondiaux. Il s'agit d'une liste de professions qui, selon le gouvernement du Canada, étaient recherchées et pour lesquelles l'offre sur le marché intérieur était insuffisante.

Pour qu'une demande puisse être traitée dans le cadre du VTM, l'employeur doit non seulement satisfaire aux exigences de la catégorie appropriée, mais il doit aussi collaborer avec EDSC pour élaborer un plan des avantages relatifs au marché du travail qui démontre son engagement envers des activités qui ont des répercussions durables et positives sur le marché du travail canadien (p. ex. création d'emplois, investissements dans le perfectionnement des compétences et la formation, croissance des revenus, etc.). Le VTM n'a pas d'exigence minimale en matière de recrutement, mais on demandera à l'employeur de décrire ses efforts pour recruter des Canadiens et des résidents permanents.

Peu importe la catégorie du programme VTM, la demande d'EIMT des employeurs est généralement traitée très rapidement (dans un délai de deux semaines en moyenne).

Processus simplifié pour certaines professions au Québec

Pour les employeurs souhaitant recruter des travailleurs étrangers afin qu'ils travaillent au Québec, certaines professions peuvent bénéficier d'un processus simplifié pour le traitement des demandes d'EIMT, qui dispense les employeurs de mener des efforts de recrutement et de les démontrer, de la même façon qu'avec le VTM. La liste des professions est établie par région et est mise à jour annuellement. Ce processus simplifié permet aux employeurs de recevoir les EIMT plus rapidement, à condition que les éventuels employés étrangers répondent aux exigences des professions en question.

Programme de mobilité internationale (PMI)

Le PMI permet aux employeurs d'embaucher un travailleur étranger et d'étayer une demande de permis de travail sans devoir obtenir au préalable une EIMT. Le PMI est divisé en plusieurs catégories, qui se fondent sur des politiques publiques, des accords ou des arrangements internationaux (ex: l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM),



anciennement désigné sous le nom d'ALENA, l'Accord économique et commercial global (« AECG »), l'Accord de continuité commerciale Canada–Royaume-Uni (« ACC Canada–R-U. ») , l'Accord général sur le commerce des services (« AGCS »), etc.), les intérêts canadiens, les demandeurs de résidence permanente au Canada, etc.

Le PMI comprend notamment les catégories de permis de travail suivantes :

- **Personnes mutées à l'intérieur d'une société** : cette catégorie permet aux multinationales ayant des activités au Canada ou cherchant à établir des activités au Canada de muter temporairement des employés qualifiés au Canada dans le but d'améliorer l'efficacité de la gestion, d'étendre les activités canadiennes et d'améliorer la compétitivité des entités canadiennes. Les étrangers admissibles doivent être actuellement employés à l'extérieur du Canada (par une entreprise liée) pendant au moins un an au cours des trois dernières années et chercher à travailler pour une société mère, une filiale, une succursale ou une société affiliée de l'entreprise étrangère au Canada à un poste de cadre de direction, de gestionnaire principal ou de travailleur ayant des connaissances spécialisées⁷.
- **Professionnels** : cette catégorie permet de délivrer un permis de travail aux étrangers pour exercer certaines professions expressément prévues dans divers accords internationaux de libre-échange tels que l'ACEUM, l'AECG, le PTPGP et l'ACC Canada–Royaume-Uni, entre autres. L'étranger peut demander un permis de travail canadien s'il peut prouver qu'il répond aux exigences définies de la profession et démontrer l'existence d'une offre d'emploi canadienne pour cette profession.
- **Mobilité francophone** : les étrangers francophones dont la langue d'usage est le français et qui ont été recrutés pour travailler à n'importe quel poste et à n'importe quel niveau de qualification en dehors du Québec peuvent demander et obtenir un permis de travail.
- **Époux de titulaires d'un permis de travail qualifié** : les époux/conjoints de fait d'étrangers titulaires d'un permis de travail canadien délivré pour plus de six mois et les autorisant à exercer une profession hautement

7 <https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/organisation/publications-guides/bulletins-guides-operationnels/residents-temporaires/travailleurs-etrangers/codes-dispense/personnes-mutees-interieur-societe/avantage-important-exigences-generales-r205a-code-dispense-c12.html>.

qualifiée (FÉER 0, 1, 2 ou 3) peuvent obtenir un permis de travail ouvert, c'est-à-dire non lié à un employeur, valable pour une durée égale à celle du permis de leur conjoint.

- **Personnel chargé de réparations urgentes ou d'équipement qui n'est plus sous garantie** : dans les cas où une réparation doit être effectuée d'urgence afin d'éviter l'arrêt de travail de citoyens canadiens ou de résidents permanents, que l'équipement soit ou non sous garantie, et pour laquelle des connaissances spécialisées sont requises et lorsque l'entreprise qui a fabriqué l'équipement à réparer n'a pas de présence commerciale au Canada, un permis de travail de courte durée peut être obtenu (généralement 30 jours ou moins).
- **Permis de travail postdiplôme** : les étrangers au Canada qui ont étudié à plein temps et de manière continue au Canada grâce à un permis d'études valide et qui ont achevé un programme d'études d'une durée d'au moins huit mois dans un établissement d'enseignement désigné peuvent bénéficier d'un permis de travail ouvert sous certaines conditions.
- **Emploi réciproque** : les travailleurs étrangers peuvent occuper un emploi au Canada lorsque les citoyens canadiens et les résidents permanents ont bénéficié de possibilités semblables à l'étranger. L'admission accordée en vertu des dispositions de réciprocité devrait avoir une incidence neutre sur le marché du travail.
- **Expérience internationale Canada** : le gouvernement canadien a signé des accords bilatéraux et réciproques et conclus des ententes avec 36 pays et territoires nationaux pour faciliter le déplacement de leurs jeunes entre les pays à des fins d'échange culturel. Ces accords permettent aux ressortissants étrangers âgés de 18 à 30 ou 35 ans (selon le pays) d'obtenir un permis de travail pour une période limitée afin de voyager ou de travailler n'importe où au Canada (Programme Vacances-Travail) ou pour un employeur précis (Stage coop international et programme des Jeunes Professionnels).
- **Permis de travail ouverts transitoires** : les étrangers qui se trouvent actuellement au Canada (mais en dehors du Québec) et dont le statut de résident temporaire valide avec autorisation de travailler va expirer dans les quatre mois et qui ont déposé une demande de résidence permanente peuvent bénéficier d'un permis de travail ouvert transitoire afin de pouvoir continuer à travailler et à vivre au Canada dans l'attente de la décision concernant leur demande.



- **Titulaires d'un certificat de sélection du Québec qui résident au Québec** : les étrangers qui résident actuellement au Québec avec un permis de travail valide peuvent obtenir un permis de travail d'une durée maximale de deux ans auprès d'un employeur établi au Québec, sur la base de leur certificat de sélection du Québec obtenu dans le cadre du programme régulier des travailleurs qualifiés du Québec.
- **Boursiers postdoctoraux diplômés du doctorat en philosophie (Ph. D.) et titulaires d'une bourse** : les étrangers nommés à un poste d'une durée limitée assorti d'un traitement ou d'un salaire destiné à compenser les périodes d'enseignement, d'études supérieures ou de recherche peuvent se voir délivrer un permis de travail temporaire. Les demandeurs doivent avoir obtenu leur doctorat ou être sur le point de l'obtenir et travailler dans un domaine lié à celui dans lequel ils ont obtenu leur doctorat ou sont en voie de l'obtenir. Les titulaires d'une bourse universitaire pour des travaux de recherche qui sont soutenus par leur propre pays ou établissement et invités par des établissements canadiens à mener des activités de recherche au Canada peuvent également prétendre à un permis de travail dans le cadre de cette catégorie.

Demande de permis de travail

Le permis de travail peut être demandé une fois qu'une EIMT est délivrée (si nécessaire) ou lorsque l'employeur canadien fournit au travailleur étranger la preuve de la publication d'une offre d'emploi sur le portail de l'employeur et la preuve du paiement des frais relatifs à la conformité de l'employeur.

Avec l'un ou l'autre de ces documents en main, le travailleur étranger peut demander son permis de travail à son entrée au Canada, s'il est admissible, ou auprès d'un bureau des visas à l'étranger, selon son pays de citoyenneté.

Étrangers dispensés d'un visa

Un étranger qui est citoyen d'un pays dispensé de visa peut demander un permis de travail au point d'entrée (frontière terrestre canadienne ou tout grand aéroport international). Tous les demandeurs dispensés d'un visa, à l'exception de certaines personnes, y compris les citoyens

américains, devront obtenir une autorisation de voyage électronique (« AVE ») pour se rendre au Canada par avion.

Le 6 juin 2023, 13 pays ont été ajoutés au programme d'AVE. Les voyageurs provenant de ces pays qui ont eu un visa canadien au cours des 10 dernières années ou qui détiennent actuellement un visa américain valide délivré à des fins autres que l'immigration peuvent désormais présenter une demande d'AVE au lieu d'une demande de visa lorsqu'ils se rendent au Canada par avion.

Étrangers qui ont besoin d'un visa

Les étrangers qui ont besoin d'un visa pour entrer au Canada doivent présenter une demande de permis de travail à un bureau des visas à l'étranger. Cela peut se faire par voie électronique ou sur papier, dans certains cas. Bien qu'il existe une liste générale de documents à fournir à l'appui d'une demande de permis de travail, chaque bureau local des visas a ses propres exigences, et il est important de les examiner avant de présenter la demande. Un entretien personnel peut également être requis dans des circonstances exceptionnelles. La demande doit être présentée au bureau des visas responsable du pays de citoyenneté de l'étranger ou de son pays de résidence légale actuelle.

Autres éléments à prendre en compte

Les étrangers qui ont résidé dans certains pays pendant six mois ou plus au cours de l'année précédant la date de la demande ou qui souhaitent occuper un emploi dans lequel la santé publique doit être protégée (soins de santé, enfants, etc.) devront subir un examen médical avant d'être admis au Canada. Les examens médicaux doivent être effectués par un médecin autorisé par IRCC.

Unité pour la mobilité internationale des travailleurs

Les employeurs qui cherchent à embaucher des étrangers dispensés de visa dans l'une des catégories du PMI pourraient chercher à faire approuver leur demande au préalable par l'Unité pour la mobilité internationale des travailleurs. C'est un service dans le pays offert aux ressortissants dispensés de visa qui ne se trouvent pas actuellement au Canada.

Étudiants internationaux

Les étudiants étrangers peuvent être autorisés à travailler à l'extérieur du campus s'ils remplissent les critères suivants :

- leur permis de travail comporte une mention indiquant qu'ils « peuvent accepter un emploi sur le campus ou hors du campus s'ils répondent aux critères d'admissibilité aux termes de l'alinéa 186f), v) ou w). Doivent cesser de travailler s'ils ne respectent plus ces critères »;
- ils sont étudiants à temps plein dans un établissement d'enseignement désigné (« EED »);
- ils sont inscrits à un programme postsecondaire de formation générale, théorique ou professionnelle (ou, au Québec, à un programme de formation professionnelle de niveau secondaire);
- leur programme d'études dure au moins six mois et mène à l'obtention d'un diplôme ou d'un certificat;
- ils ont commencé leurs études; et
- ils ont un numéro d'assurance sociale (« NAS »).

S'ils sont étudiants à temps partiel, ils ne sont autorisés à travailler hors campus que s'ils étudient à temps partiel parce qu'ils en sont au dernier semestre de leur programme d'études et qu'ils n'ont pas besoin d'un programme d'études complet pour terminer leur programme et qu'ils étaient étudiants à temps plein dans leur programme au Canada jusqu'à leur dernier semestre.

En règle générale, les étudiants sont autorisés à travailler hors campus jusqu'à 20 heures par semaine pendant les périodes de cours, et à temps plein pendant les congés prévus.

Toutefois, en juillet 2023, le gouvernement du Canada a élargi cette autorisation de travail. Par conséquent, si les étudiants internationaux sont autorisés à travailler hors campus, *et s'ils ont présenté une demande de permis d'études (ou de prolongation) au plus tard le 7 octobre 2022*, ils sont autorisés à travailler à temps plein hors campus pendant le trimestre jusqu'au 31 décembre 2023 s'ils sont actuellement titulaires d'un permis d'études valide, ou si leur permis d'études a expiré, mais qu'ils ont conservé leur statut et étudient à temps plein dans un EED (ou à temps partiel s'il s'agit du dernier semestre universitaire), ou si leur

demande de permis d'études a été approuvée, mais qu'ils ne sont pas encore arrivés au Canada. Ils conservent leur autorisation de travailler hors campus à temps plein pendant les congés prévus.

D'autres situations doivent être examinées au cas par cas.

Cette politique permet aux étudiants étrangers de colmater les larges brèches du marché du travail en leur donnant la possibilité d'acquérir une expérience professionnelle locale plus enrichissante, tout en poursuivant leurs études à temps plein.

Programmes spécifiques

Stratégie pour les talents technologiques

Le gouvernement du Canada a élaboré des politiques destinées à soutenir la prochaine génération d'activités industrielles innovantes en adaptant les outils d'immigration aux priorités industrielles essentielles à l'appui de la prospérité du Canada à l'avenir.

Volet d'innovation du Programme de mobilité internationale

IRCC créera une nouvelle exemption du processus d'EIMT du PMI afin d'aider les employeurs à forte croissance et la main-d'œuvre talentueuse à appuyer les priorités du Canada en matière d'innovation et les industries de haute technologie d'ici la fin 2023.

Il y aura deux catégories :

- des permis de travail liés à un employeur donné valides pour une durée maximum de cinq ans pour les personnes qui travailleront pour une entreprise désignée par le gouvernement du Canada comme étant une entreprise contribuant aux objectifs d'innovation industrielle du pays;
- des permis de travail ouvert valides pour une durée maximum de cinq ans pour les personnes hautement qualifiées travaillant dans certaines professions recherchées.

Ce nouveau programme est novateur, car la durée maximale de validité d'un permis de travail est actuellement de trois ans. Ce permis de travail prolongé offre aux employeurs et aux étrangers une plus grande certitude et une plus grande stabilité.

Permis de travail ouvert pour les titulaires de visas H-1B

Le deuxième programme est le processus simplifié permettant aux titulaires d'un visa H-1B pour professions spécialisées et aux membres de leur famille qui les accompagnent aux États-Unis de demander un permis de travail ouvert au Canada. Ce programme vise à offrir une alternative souple et adaptable aux difficultés rencontrées par les titulaires de visas H-1B aux États-Unis pour prolonger leur séjour au-delà de six ans ainsi qu'aux longs délais d'attente, parfois supérieurs à 10 ans, nécessaires pour obtenir la résidence permanente. Ce programme présente de multiples avantages : les employeurs canadiens ont désormais accès à une réserve de talents élargie et les étrangers occupant des postes hautement qualifiés ont la possibilité d'acquérir une expérience professionnelle compétitive au Canada.

Les personnes dont la demande est approuvée recevront un permis de travail ouvert d'une durée maximale de trois ans et leurs époux et enfants à charge pourront également demander le visa ou le permis dont ils ont besoin, qui sera valable pour une durée concomitante.

Il s'agit d'un programme pilote qui a débuté le 16 juillet 2023 et qui a été clôturé le 17 juillet 2023, le plafond de 10 000 demandes ayant été atteint. Seuls les demandeurs principaux, et non les membres de leur famille qui les accompagnent, ont été pris en compte dans le calcul du plafond de demandes, ce qui démontre la popularité du programme. Étant donné l'accueil qui lui a été réservé, un autre programme similaire pourrait être lancé à l'avenir.

Programmes propres à certains pays

Le Canada exprime régulièrement son soutien aux étrangers résidant dans des pays touchés par des catastrophes naturelles ou par une instabilité ou des changements politiques. Les programmes mis en place pour aider les citoyens afghans fuyant les talibans et les programmes destinés aux ressortissants de Hong Kong et aux personnes touchées par les troubles civils au Soudan, entre autres, en témoignent.

Ces programmes facilitent souvent la délivrance d'autorisations de travail canadiennes aux étrangers, en leur permettant de s'installer temporairement au Canada et de poursuivre leur vie jusqu'à ce que la situation se normalise dans leur pays de nationalité ou qu'ils demandent à stabiliser leur statut au Canada.

Pour les employeurs, cela signifie qu'un flux constant d'étrangers dotés d'une expertise unique dans des secteurs qui ne sont peut-être pas aussi bien développés ou dotés en personnel au Canada s'intègre au marché du travail canadien, au bénéfice de tous.

Obligations des employeurs envers les étrangers

Les employeurs canadiens sont tenus de satisfaire à des exigences de conformité rigoureuses en ce qui concerne les travailleurs étrangers à leur emploi. Les employeurs canadiens doivent donc :

- **Embaucher un travailleur étranger avec l'autorisation requise :** La loi interdit à tout employeur d'embaucher un étranger qui ne possède pas l'autorisation de travail requise. Il incombe également à l'employeur de vérifier le statut de chaque étranger qu'il emploie. En d'autres termes, si l'employeur ne fait pas preuve de diligence raisonnable pour déterminer si l'emploi est autorisé, l'employeur sera réputé avoir su qu'il n'est pas autorisé. Il est essentiel de vérifier le statut de tout travailleur étranger avant de lui faire une offre d'emploi.
- **Veiller à ce que les conditions d'emploi de l'étranger qui ont été déclarées soient respectées en permanence :** Lorsqu'ils embauchent un travailleur étranger, les employeurs canadiens établissent les conditions d'emploi à la fois pour le travailleur étranger et pour le gouvernement du Canada. Il faut les respecter exactement de la même façon que s'il s'agissait d'un employé canadien. Toutefois, dans le cas des travailleurs étrangers, tout changement aux conditions d'emploi – y compris des modifications mineures comme une augmentation de salaire ou un changement dans le nombre d'heures travaillées – peut devoir être signalé au préalable aux autorités canadiennes (selon la catégorie de permis de travail et le niveau de changement). Les inspections d'employeurs qui ont des travailleurs étrangers à leur emploi ou qui en ont eu (les inspections peuvent être rétroactives pendant six ans) sont des cas courants.
- **Éviter toute forme de fausse déclaration :** Les lois canadiennes interdisent à toute personne, y compris un employeur, de communiquer directement ou indirectement des renseignements faux ou trompeurs ou de faire des déclarations erronées qui pourraient entraîner une mauvaise application des lois ou règlements canadiens en matière d'immigration. Par conséquent, il est important que toute déclaration ou tout formulaire ou document produit par un employeur soit exact et véridique, notamment l'offre d'emploi, les formulaires ou les communications avec les agents.



- **Veiller au respect des délais pour conclure le contrat :** Conclure des contrats de travail avec les étrangers définissant les conditions de travail avant de soumettre une offre d'emploi sur le portail de l'employeur (PMI) ou, au plus tard, le premier jour de travail de l'étranger pendant la période d'emploi pour laquelle le permis de travail lui est délivré, si le permis de travail est obtenu en vertu d'une EIMT.
- **Connaître les lois provinciales et fédérales :** Respecter toutes les lois fédérales ou provinciales qui régissent l'emploi ou le recrutement de salariés, y compris de salariés étrangers, dans la province où l'étranger travaille. Les obligations en matière de recrutement et d'autorisation varient d'une province à l'autre et doivent être évaluées indépendamment.

Les conséquences d'une non-conformité, sous quelque forme que ce soit, de la part de l'employeur canadien peuvent être importantes. Les employeurs qui ne se conforment pas s'exposent à :

- des avertissements;
- des sanctions administratives pécuniaires allant de 500 à 100 000 \$ CA par infraction, jusqu'à concurrence d'un million de dollars canadiens sur un an, par employeur;
- une interdiction d'un, deux, cinq ou dix ans, ou une interdiction permanente pour les violations les plus graves de toutes les formes de programmes de travailleurs étrangers;
- la publication du nom et de l'adresse de l'employeur sur un site Web public avec des détails sur la ou les violations et les conséquences; ou à
- la suspension ou la révocation des EIMT déjà émises.

De plus, selon la nature de l'infraction, les entreprises, les administrateurs et les dirigeants peuvent également être condamnés à une amende maximale de 50 000 \$ ou 100 000 \$ CA et à une peine d'emprisonnement maximale de deux ou cinq ans.

Résidents permanents

Il existe actuellement de nombreux programmes qui permettent aux travailleurs étrangers de s'établir de façon permanente au Canada. Certains d'entre eux sont basés sur des systèmes de points qui tiennent

compte des qualités personnelles, professionnelles, des études et autres, en plus du temps passé au Canada à titre de travailleur étranger, tandis que d'autres programmes tiennent compte du regroupement familial. De plus, comme l'immigration est gérée conjointement par le gouvernement fédéral et les provinces et territoires, il existe des exigences supplémentaires au niveau provincial qui sont adaptées aux besoins de chaque province.

Les résidents permanents peuvent, comme tout citoyen canadien, travailler et vivre au Canada, sous réserve de certaines obligations qui leur sont imposées, la plus importante étant l'obligation de résidence. En vertu de la législation actuelle, l'obligation de résidence exige que tout résident permanent soit physiquement présent au Canada pendant au moins 730 jours au cours d'une période de cinq ans, faute de quoi il peut perdre son statut de résident permanent. Il existe certaines exceptions à cette obligation.

Interdiction de territoire

Un étranger peut être considéré comme interdit de territoire au Canada pour avoir été déclaré coupable d'une infraction au Canada ou à l'étranger qui constitue une infraction en vertu du droit canadien. Les personnes interdites de territoire au Canada peuvent se voir refuser l'entrée au pays, quelle que soit la raison de leur voyage. Dans certains cas, cette interdiction de territoire peut être levée par une demande de permis de séjour temporaire, permis accordé sur une base discrétionnaire lorsqu'un besoin urgent de se rendre au Canada peut être établi.

Dans certaines circonstances, les personnes interdites de territoire au Canada peuvent être admissibles à la réadaptation, ce qui permet d'écarter définitivement l'interdiction de territoire pour motif de criminalité.

Conclusion

Avant d'embaucher un étranger, que ce soit à titre temporaire ou permanent, les employeurs doivent s'assurer qu'ils connaissent leurs droits et obligations. Les actions des employeurs sont réglementées dès le début du processus de recrutement et leurs obligations se maintiennent tout au long du processus d'embauche et jusqu'à la cessation d'emploi. En outre, les employeurs sont tenus de conserver tous les documents relatifs au recrutement, à l'embauche, à l'emploi et à la cessation d'emploi d'un travailleur étranger pendant six ans à compter du premier jour de

l'emploi pour lequel un permis de travail a été délivré. Les conséquences en cas de violation des lois fédérales et provinciales applicables peuvent avoir un impact considérable aussi bien sur l'employeur que sur son entreprise.

Les lois et règlements qui régissent l'admission permanente et l'admission temporaire au Canada sont complexes et en constante évolution. Toute entreprise qui a établi ou qui songe à établir une présence commerciale au Canada devrait donc d'abord se familiariser avec les législations canadiennes sur l'immigration.

**POUR EN SAVOIR PLUS,
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC LA PERSONNE SUIVANTE :**

Stéphane Duval

sduval@mtiplus.ca

416-601-7801

514-397-4284



COMMERCE INTERNATIONAL ET INVESTISSEMENT

L'Organisation mondiale du commerce	164
L'Accord Canada–États-Unis–Mexique	165
L'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne	166
L'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste	168
Autres accords de libre-échange	168
Traités bilatéraux d'investissement	169
L'Accord de libre-échange canadien	170
Sanctions économiques	171
Contrôles des importations et des exportations de produits et technologies	173
<i>Loi sur la production de défense</i> — Programme des marchandises contrôlées	174
Mesures législatives anticorruption	174
Droits et taxes sur l'importation de produits	177
Autres exigences relatives aux marchandises importées	178
Recours commerciaux	180
Marchés publics de biens ou de services	181

Par John Boscarol et Gajan Sathanathan

COMMERCE INTERNATIONAL ET INVESTISSEMENT

Le Canada est membre de l'Organisation mondiale du commerce (« OMC ») et fait partie de l'Accord Canada–États-Unis–Mexique (« ACEUM »), de l'Accord économique et commercial global (AECG) avec l'UE, de l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP) ainsi que de nombreux autres accords régionaux sur le commerce et la protection des investissements. Grâce à ces accords, les fournisseurs canadiens bénéficient d'un accès préférentiel aux marchés des pays du littoral du Pacifique, du Royaume-Uni, de l'Union européenne et des États-Unis. En raison de la large portée de ces ententes en matière de commerce et d'investissement et de leurs mécanismes de règlement des différends contraignants, les investisseurs étrangers qui établissent une entreprise au Canada devraient être au courant des obligations du Canada et des recours dont ils disposent, en particulier s'ils font face à des mesures gouvernementales discriminatoires ou par ailleurs préjudiciables.

L'Organisation mondiale du commerce

En tant que membre de l'OMC, le Canada doit respecter de nombreuses obligations qui influencent tous les secteurs de l'économie canadienne. Ces obligations régissent les mesures canadiennes concernant l'accès au marché des biens et aux services étrangers, l'investissement étranger, les marchés publics de biens et de services, la protection des droits de propriété intellectuelle, la mise en œuvre de mesures sanitaires et phytosanitaires et de normes techniques (y compris des mesures environnementales), de formalités douanières, d'utilisation de recours commerciaux, tels que les droits antidumping et compensateurs et le financement par subvention de l'industrie.

Ces obligations de l'OMC s'appliquent aux politiques du gouvernement canadien, aux mesures administratives et législatives et même aux mesures judiciaires. Elles s'appliquent au gouvernement fédéral et aussi, dans bien des cas, aux provinces et à d'autres gouvernements d'ordre sous-fédéral.

Le Canada participe activement au système de règlement des différends de l'OMC, autant à titre de plaignant qu'à titre d'intimé. À la suite d'affaires portées devant l'OMC contre le Canada par d'autres pays, le Canada a dû annuler ou modifier certaines mesures fautives dans de nombreux secteurs, notamment l'industrie automobile, l'édition de

magazines, les produits pharmaceutiques, les produits laitiers, l'énergie verte et les aéronefs. D'autre part, certaines victoires du Canada dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC ont amélioré l'accès de sociétés canadiennes à des marchés partout dans le monde.

L'Accord Canada–États-Unis–Mexique

Au 1^{er} juillet 2020, l'ACEUM est entré en vigueur, remplaçant l'ancien *Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA). L'ALENA, initialement entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, prévoyait l'élimination de barrières commerciales entre le Canada, les États-Unis et le Mexique. Entre le Canada et les États-Unis, le processus d'élimination de tarifs amorcé aux termes de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis*, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1989, s'est poursuivi sous le régime de l'ALENA. Le 1^{er} janvier 1998, les droits de douane ont été complètement éliminés pour les produits d'origine américaine importés au Canada, à l'exception de certains produits soumis à la gestion de l'offre (y compris les produits laitiers et avicoles). Le 1^{er} janvier 2003, pratiquement tous les tarifs douaniers ont été éliminés pour les produits originaires entre le Canada et le Mexique. L'ACEUM a poursuivi ce processus d'élimination de tarifs entamé entre les parties.

Bien que l'ACEUM élimine des barrières douanières entre le Canada, le Mexique et les États-Unis, chaque pays continue de maintenir son propre système tarifaire pour les pays non membres de l'ACEUM. À cet égard, l'ACEUM se distingue des accords d'union douanière tels que ceux qui existent dans l'Union européenne, aux termes desquels les pays participants maintiennent un tarif extérieur commun avec le reste du monde. Un système de règles d'origine a été mis en place pour définir les produits admissibles au traitement tarifaire préférentiel en vertu de l'ACEUM. Les produits entièrement fabriqués ou obtenus au Canada, au Mexique ou aux États-Unis, ou dans les trois pays, seront admissibles au traitement tarifaire préférentiel, tout comme les produits incorporant des composantes provenant de l'extérieur du territoire de l'ACEUM dont le classement tarifaire fait l'objet d'une modification prescrite et qui, dans certains cas, satisfont à des critères prescrits de valeur ajoutée. Certaines catégories particulières, comme les automobiles, font l'objet de restrictions supplémentaires en matière d'origine exigeant que la main-d'œuvre utilisée dans la construction de matériaux d'origine soit rémunérée à certains niveaux de salaire. Sous réserve du respect des

règles d'origine de l'ACEUM, les investisseurs de pays non membres de l'ACEUM peuvent établir des usines de fabrication au Canada, dans lesquelles des produits et des composants provenant de l'extérieur du territoire de l'ACEUM peuvent être transformés et exportés en franchise de droits aux États-Unis ou au Mexique.

Sauf à l'égard d'une fenêtre de trois ans, aujourd'hui close, où s'appliquaient les règles d'investissement précédentes, l'ACEUM a éliminé les obligations imposées au Canada, en vertu du chapitre 11 de l'ALENA, en ce qui concerne le traitement des investisseurs des autres pays signataires de l'ALENA. Il a également supprimé le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), qui permettait à un investisseur privé d'un pays de l'ALENA de poursuivre le gouvernement d'un autre pays membre de l'ALENA en cas de perte ou de dommage résultant du manquement, par ce gouvernement, à ses obligations en matière d'investissement, entre le Canada et d'autres parties. Toutefois, le Canada maintient des protections et des mécanismes de RDIE semblables à l'égard du Mexique aux termes du PTPGP (auquel les deux pays sont des parties).

Bien que l'ACEUM comporte de nombreuses obligations similaires à celles que l'on retrouve dans les accords de l'OMC, on le qualifie parfois d'« OMC-plus » en raison d'engagements renforcés dans certains domaines, y compris l'investissement étranger, la protection de la propriété intellectuelle, les produits énergétiques (comme le pétrole et le gaz), les services financiers, les télécommunications et les règles d'origine. L'ACEUM établit également des arrangements spéciaux pour le commerce automobile, le commerce de produits textiles et d'habillement, ainsi que l'agriculture.

L'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne

Le 21 septembre 2017, le Canada et l'Union européenne ont mis en œuvre provisoirement l'AECEG. Ce dernier est désormais pleinement en vigueur, à l'exception de quelques dispositions spécifiques, notamment les dispositions d'application des mesures de protection du RDIE, l'obligation d'imposer des sanctions pénales en cas de violation du droit d'auteur, et certaines protections de l'accès au marché pour les services financiers de portefeuille.

Étant l'un des accords commerciaux les plus complets et les plus importants du Canada à ce jour, l'AECG permet de simplifier considérablement les règles en matière de commerce et d'investissement applicables aux relations économiques entre les deux parties. L'AECG porte sur le commerce de services (dont les services financiers), les déplacements de professionnels, les marchés publics (y compris aux niveaux provincial et municipal), les obstacles techniques au commerce, la protection des investissements et le RDIE, ainsi que la protection en matière de propriété intellectuelle (y compris en ce qui a trait aux indications géographiques et aux produits pharmaceutiques).

Le jour où l'AECG est entré en vigueur, 98 % des lignes tarifaires de l'UE sont devenues exemptes de droits pour le Canada. Les exportateurs canadiens tirent également profit de règles d'origine claires qui tiennent compte des chaînes d'approvisionnement canadiennes pour déterminer quels sont les biens considérés comme « faits au Canada » et, par conséquent, bénéficiant d'un traitement tarifaire préférentiel. Comme l'ALENA, l'AECG vise à favoriser l'harmonisation réglementaire, la coopération et le partage d'information entre les autorités canadiennes et européennes, afin de mettre en place des régimes de réglementation plus compatibles. Cet accord comprend la coopération en matière de mesures sanitaires et phytosanitaires de salubrité des aliments et protection de la vie et de la santé des animaux et végétaux. L'AECG comprend également certaines dispositions visant des secteurs précis, comme les vins et spiritueux, la biotechnologie, la foresterie, les matières premières, la science, la technologie et l'innovation, pour tenir compte de leurs intérêts particuliers. À l'appui de ses objectifs de coopération, l'AECG promet en outre une transparence accrue et un plus grand partage d'information à l'égard des subventions et des recours commerciaux accordés par les gouvernements aux industries de leurs pays respectifs.

Bien qu'il ne soit pas encore en vigueur, l'AECG comprend un nouveau mécanisme indépendant de règlement des différends entre les investisseurs et les États. Pour les différends relatifs à l'AECG, les parties ont convenu d'établir un tribunal permanent faisant appel au mécanisme indépendant de règlement des différends entre les investisseurs et les États. Ce tribunal sera composé de 15 membres : cinq ressortissants du Canada, cinq ressortissants des États membres de l'UE et cinq ressortissants de pays tiers — chacun d'entre eux devant être juriste dans son pays. Les affaires seront entendues par des comités composés

de trois membres du tribunal (un pour chaque État des parties et le troisième choisi sur une liste de membres neutres). L'AECG institue également un tribunal d'appel qui peut confirmer, modifier ou infirmer une sentence rendue par le tribunal aux motifs d'erreurs dans l'application ou l'interprétation du droit, d'erreurs manifestes dans l'appréciation des faits ou si le tribunal a outrepassé sa compétence.

L'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste

Le PTPGP est un accord commercial qui regroupe 11 pays du littoral du Pacifique représentant une part importante de l'économie mondiale. Il facilite grandement l'accès des entreprises canadiennes aux marchés de l'Asie-Pacifique.

Cet accord a été finalisé et signé par l'Australie, Brunei, le Canada, le Chili, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, Singapour et le Vietnam. Entré en vigueur en décembre 2018, il est mis en œuvre par le Mexique, le Japon, Singapour, la Nouvelle-Zélande, le Canada, l'Australie et le Vietnam. En juillet 2023, le Royaume-Uni a signé le protocole d'adhésion pour rejoindre le PTPGP, qui entrera en vigueur à sa ratification par le Royaume-Uni et les parties au PTPGP, ce qui, selon le Royaume-Uni, devrait se produire au cours du second semestre 2024.

Le PTPGP est un accord général et complet, comme l'AECG. Il réduit les entraves à l'échange commercial d'une large gamme de biens et de services et, par voie de conséquence, créera de nouvelles possibilités pour les entreprises et les consommateurs. Le PTPGP tient compte de nouveaux enjeux commerciaux et d'autres défis contemporains, notamment en matière de main-d'œuvre et d'environnement. Il prend en compte les obstacles tarifaires et non tarifaires au commerce et à l'investissement afin de faciliter les mouvements transfrontaliers de personnes, de biens, de services, de capitaux et de données. L'accord comprend aussi des dispositions de RDIE pour le règlement de différends entre parties et investisseurs.

Autres accords de libre-échange

Outre l'AECG, l'ACEUM et les accords de l'OMC, le Canada a également négocié des accords de libre-échange avec la Colombie, le Chili, le Costa Rica, le Honduras, la Jordanie, la Corée, Israël, le Panama, le Pérou, l'Ukraine et l'Association européenne de libre-échange (Islande, Liechtenstein, Norvège et Suisse).

À la suite du Brexit, le Royaume-Uni ne tombe plus sous le coup de l'AECG. Le Canada a toutefois négocié un Accord de continuité commerciale permettant de préserver un traitement similaire pour le Royaume-Uni, comme si l'AECG s'appliquait toujours à lui, pendant qu'il négocie un remplacement permanent avec celui-ci. Le commerce entre le Canada et le Royaume-Uni sera également régi par le PTPGP, une fois que la ratification en cours de l'entrée du Royaume-Uni dans cet accord aura été achevée.

Le Canada mène actuellement des négociations formelles concernant des accords de libre-échange avec entre autres la République dominicaine, l'Inde, l'Indonésie, le Japon, le Maroc, Singapour, l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE) et la Communauté des Caraïbes (CARICOM).

Traités bilatéraux d'investissement

Le Canada est actuellement partie à des traités bilatéraux d'investissement (« TBI ») avec 38 pays. Ces TBI régissent divers aspects des investissements étrangers, comme le traitement des investisseurs étrangers et de leurs investissements, les critères de performance, l'expropriation et l'indemnisation, ainsi que les mécanismes de règlement des différends entre gouvernements.

Pour les investisseurs, le principal attrait de ces TBI réside sans doute dans le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs privés et États permettant aux investisseurs étrangers de poursuivre le gouvernement hôte, y compris le Canada, pour des dommages-intérêts découlant d'un manquement à ses obligations aux termes de traités d'investissement. Il est conseillé aux investisseurs étrangers désireux d'établir une entreprise au Canada de déterminer si leur État d'origine a conclu un traité bilatéral d'investissement avec le Canada. Dans l'affirmative, ils pourraient bénéficier de droits accrus en tant qu'investisseurs. Les entreprises établies au Canada pourront également tirer avantage de la protection offerte par ces TBI pour leurs investissements étrangers directs dans des pays en voie de développement.

De plus, le Canada a récemment publié un modèle de TBI (2021), qu'il utilisera pour les négociations futures. Les dispositions de ce modèle de TBI s'inspirent largement des mécanismes de RDIE et des protections prévues dans le PTPGP et l'AECG. Une attention particulière est accordée

à la préservation de la souplesse réglementaire, à l'accroissement de la transparence et à la création d'une structure pseudojudiciaire pour les comités d'arbitrage.

L'Accord de libre-échange canadien

Le gouvernement fédéral du Canada a négocié l'*Accord de libre-échange canadien* (ALEC) avec les gouvernements de toutes les provinces et de tous les territoires canadiens, un accord qui remplace l'ancien accord interprovincial, l'*Accord sur le commerce intérieur*. L'ALEC prévoit des obligations en matière de réduction des obstacles au libre mouvement des biens, de services et d'investissements interprovinciaux, d'investisseurs de provinces données, de marchés publics de biens et de services, de mesures et de normes de protection du consommateur, de mobilité de la main-d'œuvre, de produits agricoles et alimentaires, de boissons alcoolisées, de transformation des ressources naturelles, de communications, de transport et de protection de l'environnement. L'ALEC prévoit également un mécanisme de règlement des différends entre gouvernements et entre particulier et gouvernement.

Entré en vigueur en 2017, l'ALEC remplace l'ACI, qui était en vigueur depuis 1995 et avait été mis à jour au moyen de 14 protocoles de modification.

Travail forcé et travail des enfants

Depuis le 1^{er} juillet 2020, il est d'importer et de distribuer toute marchandise extraite, fabriquée ou produite en tout ou en partie au moyen de travail forcé. Cependant, contrairement aux États-Unis, l'application de cette interdiction au Canada reste généralement laborieuse. Certaines organisations de la société civile ont demandé à la Cour fédérale de rendre une ordonnance obligeant le gouvernement à interdire, par présomption, les marchandises importées de la région du Xinjiang de la République populaire de Chine pour des motifs de travail forcé, en l'absence de preuve contraire. La Cour fédérale a statué que l'Agence des services frontaliers du Canada n'avait pas le pouvoir légal d'adopter une telle interdiction générale par présomption, et qu'elle devait plutôt prendre des décisions au cas par cas. Le 1^{er} janvier 2024, cette interdiction sera élargie afin d'inclure également les marchandises extraites, fabriquées ou produites en tout ou en partie par le travail d'enfants.

Par ailleurs, au 1^{er} janvier 2024, la *Loi sur la lutte contre le travail forcé et le travail des enfants dans les chaînes d’approvisionnement* entrera également en vigueur. Cette loi prévoit des obligations de déclaration liées à la présence de travail forcé et de travail des enfants dans la chaîne d’approvisionnement. Elle s’applique de façon générale à la plupart des entités qui produisent, vendent ou distribuent des biens au Canada ou à l’étranger, ainsi qu’à celles qui importent au Canada des biens produits à l’étranger. Elle s’applique également aux entités qui contrôlent une autre entité prenant part à ces activités de production, de vente, de distribution ou d’importation. La principale obligation prévue par cette loi est la publication annuelle d’un rapport sur les processus de diligence mis en œuvre par les entités qui y sont assujetties pour « [prévenir et atténuer] le risque relatif au recours au travail forcé ou au travail des enfants à l’une ou l’autre étape de la production de marchandises par l’entité — au Canada ou ailleurs — ou de leur importation au Canada. » En raison de la grande diversité des entités visées, les entreprises devraient examiner attentivement ces nouvelles mesures afin de vérifier si elles en font partie et, dans l’affirmative, prendre des mesures pour préparer les rapports initiaux qui doivent être présentés en mai 2024.

Sanctions économiques

Un certain nombre d’États, d’entités et de particuliers font l’objet d’embargos commerciaux de la part du Canada en vertu de la *Loi sur les Nations Unies*, de la *Loi sur les mesures économiques spéciales*, de la *Loi sur la justice pour les victimes de dirigeants étrangers corrompus (loi de Sergueï Magnitski)*, de la *Loi sur le blocage des biens de dirigeants étrangers corrompus* et du *Code criminel du Canada*. Des sanctions canadiennes d’envergure variable s’appliquent à des activités visant les pays ou régions suivants : l’Afghanistan, la Birmanie (le Myanmar), la Biélorussie, la République centrafricaine, la République démocratique du Congo, Haïti, l’Iran, l’Irak, le Liban, la Libye, le Mali, la Moldavie, le Nicaragua, la Corée du Nord, la République populaire de Chine, la Russie, la Somalie, le Soudan

LE CANADA, EN RAISON DE SES ENGAGEMENTS AUX TERMES DE POLITIQUES INTÉRIEURES ET DE TRAITÉS INTERNATIONAUX, MAINTIENT DES SANCTIONS ET DES CONTRÔLES ÉCONOMIQUES SUR LES IMPORTATIONS, LES EXPORTATIONS ET LES TRANSFERTS DE CERTAINES MARCHANDISES ET TECHNOLOGIES.

du Sud, le Sri Lanka, le Soudan, la Syrie, l'Ukraine (la Crimée et d'autres zones occupées par la Russie étant généralement ciblées), le Venezuela, le Yémen et le Zimbabwe. Le Canada interdit en outre de manière très stricte les opérations avec des « personnes désignées » inscrites à des listes, des organisations terroristes et des particuliers associés à de telles organisations.

Depuis l'invasion de l'Ukraine par la Russie en février 2022, le Canada a imposé de nombreuses séries de sanctions contre la Russie, la Biélorussie et les régions occupées de l'Ukraine. Le Canada a sanctionné plus de 1 000 particuliers et 250 entités, dont de nombreuses banques russes, des oligarques et divers intervenants importants du gouvernement et du secteur privé de l'économie russe et mondiale. De plus, en juin 2022, le Canada est devenu le premier pays du G7 à prévoir la confiscation et la redistribution des biens de toute personne désignée sur ses listes de sanctions.

Le recours aux sanctions économiques par le Canada depuis l'invasion russe est sans précédent dans l'histoire moderne, avec la mise en place de plus de 70 séries de mesures de sanction. Si la plupart de ces sanctions visent en particulier la Russie et les régions occupées de l'Ukraine, des mesures récentes ont également visé l'Iran, Haïti, le Sri Lanka et la Moldavie, entre autres. Cette escalade spectaculaire dans l'utilisation des sanctions économiques a mis à rude épreuve les autorités gouvernementales chargées d'administrer le régime de sanctions du Canada, et en mai 2023, le Comité sénatorial permanent des affaires étrangères et du commerce international du Canada a proposé 19 recommandations visant à améliorer l'efficacité du régime de sanctions du Canada, y compris en soutenant la création d'un bureau spécialisé dans les sanctions, qui avait déjà été annoncée par le gouvernement canadien.

Dans certains cas, les sanctions économiques canadiennes sont plus lourdes que celles imposées par les États-Unis, le Royaume-Uni et l'Union européenne. Il est donc important que la conformité portant sur les sanctions soit envisagée pays par pays, et que les programmes de mise en conformité soient calibrés en conséquence.

Le Canada ne participe pas à l'embargo commercial général imposé à Cuba par les États-Unis. En effet, une ordonnance délivrée aux termes de la *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères* érige en infraction

criminelle le fait de se conformer à l'embargo commercial des États-Unis contre Cuba, et exige que le procureur général du Canada soit avisé des communications reçues relativement à ces mesures d'embargo américaines.

Contrôles des importations et des exportations de produits et technologies

À la fois pour des raisons de politique intérieure et de respect de ses engagements aux termes de traités, le Canada a mis en place des contrôles des importations, des exportations et des transferts visant certains produits et certaines technologies et, dans le cas des exportations, le pays de destination. La *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* (LLEI) fédérale régit ces produits à l'aide de quatre listes : La Liste des marchandises d'importation contrôlée (LMIC), la Liste des marchandises d'exportation contrôlée (LMEC), la Liste des pays visés (LPV) et la Liste des marchandises de courtage contrôlé (LMCC).

Les marchandises qui figurent sur la LMIC nécessitent une licence d'importation, à certaines exceptions (notamment les produits de certains pays d'origine). Il s'agit par exemple des produits en acier, des armes et des munitions, ainsi que des produits agricoles et alimentaires tels que les produits à base de dinde, de bœuf et de veau, les produits à base de blé et d'orge, les produits laitiers et les œufs.

La LMEC est une liste des marchandises et de la technologie qui ne peuvent pas être exportées ou transférées du Canada sans licence d'exportation, à quelques exemptions relatives à certains pays de destination. Les biens et technologies contrôlés sont répartis dans les catégories suivantes : articles à double usage, munitions, articles de non-prolifération nucléaire, marchandises à double usage liées au nucléaire, marchandises et technologie diverses (y compris toutes les marchandises et technologies d'origine américaine, certains produits médicaux, les produits forestiers, les produits agricoles et alimentaires, les armes prohibées, les articles du secteur nucléaire et articles stratégiques), les équipements et les technologies pouvant être utilisés dans les missiles, les armes chimiques et biologiques, la technologie connexe et les articles contrôlés en vertu du *Traité sur le commerce des armes* des Nations Unies.

Le Canada a également mis en place certains contrôles sur le « courtage » des armes et des technologies connexes identifiées dans la LMCC. Ces

restrictions visent la capacité des Canadiens et des personnes au Canada à organiser et à négocier le transfert de produits et de technologies de défense entre pays étrangers.

Les pays qui figurent sur la LPV doivent aussi obtenir une licence d'exportation pour exporter ou transférer n'importe quelle marchandise ou technologie, peu importe sa nature. Pour le moment, le seul pays qui figure sur la LPV est la Corée du Nord.

Outre la LLEI, d'autres lois canadiennes réglementent les activités d'importation et d'exportation, notamment à l'égard des diamants bruts, des marchandises et de la technologie du secteur nucléaire, des biens culturels, de la faune, des aliments et des drogues, des produits dangereux et des éléments écologiquement vulnérables.

Loi sur la production de défense — Programme des marchandises contrôlées

Le gouvernement canadien a établi le Programme des marchandises contrôlées en vertu de la *Loi sur la production de défense*. Il s'agit d'un régime national de sécurité industrielle pour certaines marchandises et technologies destinées à une application militaire, y compris les articles soumis aux *U.S. International Traffic in Arms Regulations*. Le Programme prévoit des mesures de contrôle relatives au commerce de défense visant à réglementer et régir l'examen, la possession et le transfert au Canada de marchandises et technologies contrôlées.

Toute personne faisant le commerce de marchandises et technologies contrôlées au Canada doit s'inscrire auprès de la Direction des marchandises contrôlées et respecter diverses exigences, notamment en matière d'examen préalable des employés et de sécurité.

Mesures législatives anticorruption

En vertu de la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers* (LCAPE) fédérale, quiconque offre ou verse un pot-de-vin à un agent public étranger commet une infraction criminelle. La LCAPE interdit aux Canadiens de consentir, d'offrir, ou de convenir de consentir ou d'offrir, directement ou indirectement (p. ex. par l'intermédiaire d'un mandataire ou d'un autre représentant), un prêt, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque sorte à un agent public étranger afin d'obtenir vente du Québec (TVQ), ou de conserver un avantage dans le cadre d'une activité commerciale. Les sociétés canadiennes ont donc intérêt à

évaluer très attentivement leurs activités à l'étranger, y compris les agissements de leurs représentants et autres partenaires commerciaux dans d'autres pays, pour s'assurer de respecter la LCAPE.

Au cours des dernières années, la culture d'entreprise canadienne a subi d'importants changements en raison de l'application plus serrée de la LCAPE par la Gendarmerie royale du Canada (GRC) et les procureurs de la Couronne. Les sanctions pénales largement médiatisées contre Niko Resources Ltd. en 2011 et Griffiths Energy en 2013 — ainsi que les enquêtes en cours de la GRC sur les activités d'un certain nombre d'autres sociétés canadiennes — servent d'avertissements sévères sur les coûts très importants de la non-conformité. Compte tenu de cela, de nombreuses sociétés canadiennes s'empressent d'élaborer et de mettre en œuvre des politiques et des procédures anticorruption, ainsi que des stratégies d'atténuation des risques liés aux opérations. Trois poursuites de particuliers pour manquement à la LCAPE ont récemment eu lieu au Canada. La plus notable, en 2020, s'est soldée par la condamnation d'un ancien dirigeant de SNC-Lavalin à une peine d'emprisonnement de huit ans et demi en raison de son rôle dans la société, qui a versé plus de 100 millions de dollars canadiens à des fonctionnaires afin d'obtenir des contrats en Libye. Il a également été condamné à une amende de plus de 24 millions de dollars canadiens et à la confiscation des biens qu'il avait obtenus grâce aux produits de l'infraction. SNC-Lavalin a pour sa part été condamnée à une amende de 280 millions de dollars canadiens dans le cadre d'une transaction pénale en réponse à l'accusation portée contre elle en vertu du *Code criminel du Canada* concernant ces paiements.

De plus, le Canada a adopté une législation sectorielle afin d'accroître la transparence et d'enrayer la corruption pour les entreprises canadiennes menant des activités à l'extérieur de ses frontières. Par exemple, la *Loi sur les mesures de transparence dans le secteur extractif* (LMTSE) est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2015. La LMTSE exige que les entités extractives actives au Canada divulguent publiquement, chaque année, les paiements précis versés à tous les gouvernements au Canada et à l'étranger.

De même, le gouvernement fédéral a aussi mis en place un « régime d'intégrité », série de politiques sur l'intégrité destinées à veiller à ce qu'il fasse affaire avec des fournisseurs dont le comportement est conforme à l'éthique au Canada et à l'étranger. Ce régime d'intégrité compte parmi les programmes les plus stricts au monde pouvant mener à la radiation des

marchés publics d'entreprises fautives. Il vise à favoriser la mise en place de pratiques commerciales éthiques au sein du gouvernement, à assurer une application régulière de la loi pour les fournisseurs et à maintenir la confiance dans le processus d'attribution des marchés publics.

En vertu de son *Code criminel*, le Canada interdit également la corruption et les activités connexes à l'égard des agents publics canadiens et la corruption dans le contexte des parties non gouvernementales (commissions secrètes).

Aux États-Unis, il existe un processus bien établi qui permet aux entreprises de signaler volontairement les infractions à la *Foreign Corrupt Practices Act* (loi visant à lutter contre les pratiques de corruption d'agents publics étrangers) et de négocier avec les autorités américaines des ententes de suspension des poursuites ou de non-poursuite, prévoyant le paiement d'amendes et l'imposition de contrôleurs chargés de superviser les mesures correctives, sans que l'entreprise n'ait à faire l'objet d'une condamnation criminelle. Le Royaume-Uni a également adopté un processus similaire d'entente de suspension des poursuites.

En 2018, le Canada a adopté un régime semblable, qui se nomme les « accords de réparation ». SNC-Lavalin a tenté de se prévaloir du processus d'accord de réparation à l'égard d'accusations en instance liées aux pots-de-vin présumés versés à des fonctionnaires libyens. Cette tentative a été rejetée par le Service des poursuites pénales du Canada, qui a ensuite engagé des poursuites. Le fait que le dispositif d'accord de réparation au Canada soit prévu par la loi (et non par une politique découlant du pouvoir discrétionnaire de poursuivre, comme aux États-Unis), le SPPC dispose d'une marge de manœuvre très limitée pour décider de permettre ou non la conclusion d'un accord de réparation.

Ultimement, SNC-Lavalin a conclu une transaction pénale aux termes de laquelle une filiale a plaidé coupable à une infraction de fraude, et prévoyant que SNC-Lavalin se soumette à des mesures correctives et à un contrôle rigoureux. La société a également dû payer une amende de 280 millions de dollars canadiens sur une période de cinq ans. Ce résultat correspondait en grande partie à ce qui aurait été fait dans le cadre d'un accord de réparation.

La Cour supérieure du Québec a approuvé le deuxième accord de réparation en mai 2023. Le premier accord de réparation au Canada à

traiter des infractions à la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers* a été conclu à la suite d'allégations selon lesquelles Ultra Electronics Forensic Technology Inc. aurait soudoyé des fonctionnaires philippins pour obtenir des contrats gouvernementaux. L'un des éléments importants de la décision d'approbation de la Cour est son opinion, selon laquelle il convient de faire preuve d'une grande retenue à l'égard d'un accord de réparation.

Droits et taxes sur l'importation de produits

Les importateurs doivent déclarer les produits importés à leur entrée au Canada et payer des droits de douane et des taxes d'accise, s'il y a lieu, à l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), l'autorité douanière du Canada. Les produits sont soumis à divers taux de droit selon le type de marchandises et le pays d'origine. En tant que membre de l'ACEUM, le Canada accorde un traitement tarifaire préférentiel aux marchandises d'origine américaine et mexicaine; dans la plupart des cas, ces marchandises peuvent être importées en franchise de droits. Les autres accords commerciaux du Canada offrent également un traitement tarifaire préférentiel aux marchandises.

Au Canada, l'importateur attitré est la personne identifiée sur les documents d'importation, y compris le formulaire de codage « B3 » des douanes canadiennes utilisé à cette fin. Toutefois, cette personne n'est pas nécessairement le « véritable importateur » qui est tenu de payer les droits. Récemment, le Tribunal canadien du commerce extérieur a statué qu'un courtier en douane agissant à titre d'importateur attitré n'était pas le véritable importateur puisqu'il se contentait de fournir des services de transport de marchandises, et qu'il n'avait jamais acheté les produits, ni obtenu la propriété ou la possession de ceux-ci, ni participé à leur vente. Le courtier n'était donc pas responsable des droits supplémentaires imposés par l'Agence des services frontaliers du Canada. Il est important de tenir compte de cette distinction lors de la rédaction d'accords contractuels susceptibles de mettre en cause l'importation de marchandises au Canada.

Le montant des droits de douane à payer est fonction du taux de droit (déterminé par le classement tarifaire et l'origine des marchandises, selon l'annexe du Tarif des douanes du Canada) et de la valeur en douane. À l'instar de tous ses principaux partenaires commerciaux, le Canada a adopté des tarifs douaniers fondés sur le Système harmonisé pour le classement tarifaire de l'Organisation mondiale des douanes.

Conformément aux obligations du Canada en vertu des accords de l'OMC sur l'évaluation en douane, la valeur en douane des produits importés au Canada doit, si possible, être fondée sur le prix payé ou payable pour les produits importés, sous réserve de certains rajustements législatifs. Cette base d'évaluation principale s'appelle la « méthode de la valeur transactionnelle » :

- Un exemple de rajustement qui augmenterait la valeur en douane des marchandises serait le paiement de redevances, si celles-ci doivent être payées par l'acheteur des marchandises importées comme condition de la vente des marchandises pour l'exportation au Canada.
- Un exemple de rajustement qui permettrait une déduction du prix payé ou à payer serait le coût de transport supporté pour expédier les marchandises au Canada depuis le lieu d'expédition directe, si ces coûts étaient inclus dans le prix payé ou payable par l'importateur.

Si, pour une raison quelconque (par exemple, si les marchandises n'ont pas été vendues), la valeur transactionnelle des marchandises ne peut être utilisée comme base de calcul de la valeur en douane déclarée, la loi canadienne prévoit d'autres méthodes d'évaluation. Ces méthodes doivent être appliquées dans l'ordre prescrit. En plus des droits de douane, la taxe sur les produits et services (TPS) de 5 % est payable à l'importation des marchandises. Ce taux de TPS est appliqué à la valeur à l'acquitté pour les marchandises. Pour autant qu'ils aient acquis les marchandises pour les utiliser dans le cadre d'une activité commerciale, les importateurs inscrits en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise* pourront recouvrer la TPS payée à l'importation en réclamant un crédit de taxe sur les intrants. Voir la section **Taxe de vente et autres taxes — Taxe sur les produits et services fédérale**.

Autres exigences relatives aux marchandises importées

Certaines marchandises importées doivent faire mention de leur pays d'origine. Ces marchandises entrent généralement dans les grandes catégories suivantes : les marchandises pour usage personnel ou domestique, la quincaillerie, les nouveautés et articles de sport, les ouvrages en papier, les vêtements et les produits horticoles. Certains types de marchandises, ou les marchandises importées sous réserve de certaines conditions, sont exemptés de l'obligation de marquage du pays d'origine.

Les produits préemballés (les produits emballés dans un contenant de telle sorte qu'ils sont ordinairement vendus aux consommateurs ou encore utilisés ou achetés sans être réemballés) importés au Canada sont également assujettis aux exigences énoncées dans la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation* fédérale. Les articles textiles de consommation sont soumis aux exigences de la *Loi sur l'étiquetage des textiles* fédérale.

Il existe également des exigences législatives importantes concernant l'importation d'aliments, de produits agricoles, de produits aquatiques et d'intrants agricoles. Tous ces produits font l'objet d'une inspection de l'Agence canadienne d'inspection des aliments (ACIA).

Les produits dont la marque de commerce est contrefaite ou dont le droit d'auteur est piraté peuvent être confisqués lors de leur importation au Canada. Conformément à la *Loi sur le droit d'auteur* et à la *Loi sur les marques de commerce*, le titulaire d'un droit d'auteur valide au Canada ou le détenteur d'une marque de commerce canadienne enregistrée auprès de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC) peut déposer une demande d'aide auprès de l'ASFC. Cette demande constitue un instrument d'application de la loi très efficace pour protéger les droits de propriété intellectuelle. Grâce à elle, l'ASFC peut identifier et retenir les expéditions commerciales soupçonnées de contenir des marchandises de marques commerciales contrefaites ou aux droits d'auteur piratés. Lorsque l'Agence détecte de telles marchandises, elle peut utiliser l'information contenue dans le formulaire de demande d'aide pour prendre contact avec les détenteurs de droits appropriés. Ces derniers pourront alors tenter une poursuite auprès d'un tribunal, s'il y a lieu. La Gendarmerie royale du Canada (GRC) est responsable d'entreprendre toute enquête criminelle liée à la contrefaçon et au piratage commis à l'échelle commerciale.

Outre les interdictions mentionnées ci-dessus relatives aux marchandises fabriquées par le travail forcé et le travail des enfants, il est interdit d'importer certaines autres marchandises au Canada. C'est notamment le cas des documents considérés comme obscènes aux termes du *Code criminel du Canada*, de pièces de monnaie altérées ou contrefaites, de certains aéronefs usagés ou d'occasion, d'articles fabriqués, en tout ou en partie, par des prisonniers, des matelas usagés, de toute

marchandise associée à une description fautive sur un point essentiel quant à son origine géographique, de certains véhicules d'occasion, de certaines parties d'oiseaux sauvages, de certains produits dangereux, des allumettes au phosphore blanc, de certains animaux et oiseaux, de documents constituant de la propagande haineuse, et de certaines armes et armes à feu prohibées.

Recours commerciaux

Le Canada a mis en place un régime de recours commercial qui permet l'application de droits supplémentaires ou de contingents aux marchandises importées, lorsque ces marchandises ont causé, ou menacent de causer, une désorganisation de l'industrie nationale de marchandises similaires.

La *Loi sur les mesures spéciales d'importation* du gouvernement fédéral prévoit la perception de droits supplémentaires sur les marchandises faisant l'objet d'un « dumping » (c.-à-d. les marchandises importées au Canada à des prix inférieurs au prix de vente comparable dans le pays exportateur), si elles ont causé ou menacent de causer un préjudice à l'industrie canadienne. La procédure permettant de déterminer si des droits doivent être appliqués à des produits qu'on allègue être sous-évalués est répartie entre l'ASFC et le TCCE; l'ASFC enquête pour déterminer si les produits en question font l'objet d'un dumping (vente à rabais), et le TCCE détermine si ce dumping cause un préjudice à l'industrie canadienne. Les deux institutions doivent rendre des conclusions positives pour que des droits de douane non provisoires soient appliqués aux produits faisant l'objet d'un dumping.

Des droits peuvent également être imposés dans les cas de subventions compensables accordées par le gouvernement dans le pays d'exportation, et si ces marchandises subventionnées nuisent ou pourraient nuire à l'industrie canadienne. De plus, le Canada peut imposer des surtaxes de sauvegarde ou des restrictions quantitatives sur les importations lorsqu'il est déterminé que l'accroissement des importations de ces marchandises au Canada nuit ou pourrait nuire aux producteurs canadiens. Ces mesures peuvent être appliquées, peu importe si les marchandises ont fait l'objet d'un dumping ou qu'elles ont été subventionnées.

Marchés publics de biens ou de services

Le Canada a conclu un certain nombre d'accords commerciaux qui imposent des restrictions et des exigences en matière de marchés publics. Entre autres choses, ces accords limitent notamment la mesure dans laquelle les gouvernements peuvent favoriser les biens et services nationaux dans le cadre de leurs processus de passation de marchés.

L'Accord sur les marchés publics de l'OMC, le chapitre 19 de l'AECG, le chapitre 15 du PTPGP et le chapitre 5 de l'ALEC énoncent tous de nombreuses exigences en matière de marchés publics de biens et de services que les parties à ces accords, y compris le Canada, doivent respecter. Ces exigences comprennent des dispositions qui traitent de spécifications techniques, de la qualification de fournisseurs, de la conception et de l'émission de demandes de propositions, de procédures d'appel d'offres sélectives, de documentation relative à l'appel d'offres, de négociations qui peuvent avoir lieu pendant l'appel d'offres; du processus de soumission, de réception et d'ouverture des offres et d'attribution des contrats; de procédures d'appel d'offres limitées; et de contestations d'offres. Ces conditions s'appliquent aux ministères et aux organismes fédéraux ainsi qu'aux diverses entreprises publiques et sociétés d'État. Dans certains cas, elles s'appliquent également aux organismes gouvernementaux provinciaux, y compris les municipalités, les organisations municipales, les commissions scolaires et les établissements d'enseignement, de santé et de services sociaux subventionnés par l'État.

**CONFORMÉMENT À
SES OBLIGATIONS
ENVERS L'OMC
ET L'ALEC, LE
TRIBUNAL CANADIEN
DU COMMERCE
EXTÉRIEUR EST
L'AUTORITÉ DU
CANADA EN MATIÈRE
DE CONTESTATION
DES OFFRES POUR
LES MARCHÉS
PUBLICS FÉDÉRAUX.**

Conformément à ses obligations, le Canada a créé le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE), qui est responsable de faire appliquer le mécanisme de contestation pour les achats du gouvernement fédéral. S'il juge que la plainte d'un fournisseur est valide, le TCCE peut recommander la publication d'un nouvel appel d'offres, la réévaluation de soumissions, l'annulation d'un marché existant, ainsi que l'attribution du marché au plaignant ou le versement au plaignant d'une compensation pour la perte du marché. Le TCCE peut aussi adjuger les dépens engagés par le plaignant pour préparer sa réponse à l'appel d'offres.

Tel qu'il est indiqué ci-dessus, l'AECG contient des obligations importantes en matière de marchés publics qui s'appliquent non seulement au niveau fédéral, mais également aux niveaux provincial et municipal de gouvernement. Voir la section **Marchés publics**.

**POUR EN SAVOIR PLUS,
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC L'UNE DES PERSONNES SUIVANTES :**

John Boscariol

jboscariol@mccarthy.ca

416-601-7835

Gajan Sathananthan

gsathananthan@mccarthy.ca

416-601-7682

DROIT DE L'EMPLOI

Normes d'emploi	184
Relations de travail	187
Droits de la personne	188
Santé et sécurité au travail	189
Violence et harcèlement au travail	190
Normes d'accessibilité	191
Renseignements personnels	192
Prestations d'emploi	192

Par Ben Aberant et Pat Pengelly



DROIT DE L'EMPLOI

L'emploi est un secteur très réglementé au Canada, soumis à la fois à des lois fédérales et provinciales. La majorité des employeurs sont assujettis aux lois provinciales, à l'exception des « travaux ou entreprises fédéraux », qui comprennent les entreprises engagées dans les services bancaires, l'expédition, les sociétés de chemins de fer, les oléoducs, les sociétés aériennes et les aéroports, le transport interprovincial, la radiodiffusion et les télécommunications.

Les employeurs qui exploitent une entreprise au Canada devraient connaître les lois en matière d'emploi portant sur les sujets suivants :

- les normes du travail;
- les relations de travail;
- les droits de la personne;
- la santé et la sécurité au travail;
- les normes d'accessibilité;
- les règles fédérales et provinciales sur la protection des renseignements personnels; et
- les avantages sociaux, y compris les régimes de retraite, l'assurance emploi et l'indemnisation des accidents du travail.

Les relations de travail au Canada sont régies par une multitude de lois et de principes de common law. Les employeurs doivent connaître les diverses questions d'ordre juridique afin d'éviter d'engager inutilement leur responsabilité dans le milieu de travail.

Normes d'emploi

Toutes les provinces et tous les territoires canadiens ont édicté des lois établissant certaines normes d'emploi minimales. Les lois sur les normes d'emploi sont généralement larges et s'appliquent à l'ensemble des contrats d'emploi, verbaux ou écrits. Les normes définies dans ces lois sont des normes minimales auxquelles les employeurs ne peuvent se soustraire. Ces lois précisent les catégories

**CONTRAIREMENT
AUX EMPLOYEURS
DES ÉTATS-UNIS,
LES EMPLOYEURS
CANADIENS NE
PEUVENT PAS METTRE
FIN « À LEUR GRÉ » À
L'EMPLOI DE LEURS
EMPLOYÉS.**

d'employés qui font l'objet de chacune des normes minimales, de même que celles qui en sont exemptées. Bien que les normes varient selon le territoire et la province, beaucoup des questions traitées sont communes à toutes les lois sur les normes d'emploi — dont le salaire minimum, la durée maximale du travail, les heures supplémentaires et les salaires, les pauses café et les pauses déjeuner, les jours fériés, les périodes de vacances et la paye de vacances, les mises à pied, les indemnités de fin d'emploi et de départ ainsi que les congés autorisés. Les congés autorisés couverts par les lois sur les normes d'emploi varient d'une province à l'autre et peuvent comprendre le congé de maladie, le congé pour décès, le congé de maternité/paternité/parental/d'adoption, le congé pour réservistes, le congé de compassion/pour obligations familiales, le congé pour don d'organe, le congé d'urgence personnelle, le congé pour responsabilité familiale et le congé consécutif à un décès ou à une disparition liés à un crime.

Contrairement aux employeurs des États-Unis, les employeurs canadiens ne peuvent pas mettre fin « à leur gré » à l'emploi de leurs employés. En général, les employeurs doivent remettre un préavis de cessation d'emploi, à moins qu'ils n'aient un motif valable de mettre fin à l'emploi d'un employé sans préavis. La période de préavis obligatoire varie selon les provinces et territoires, mais elle augmente généralement en fonction des années de service de l'employé. En Alberta, par exemple, la loi accorde généralement au moins une semaine de préavis aux employés qui comptent un minimum de trois mois de service, ce préavis étant de huit semaines dans le cas d'employés comptant dix années de service ou plus. Les employeurs sont tenus de fournir un « préavis » de la cessation d'emploi d'un employé ou de verser un salaire en guise de préavis.

Sous réserve d'exceptions limitées, l'employeur n'est pas tenu de donner un préavis ou de verser un salaire en guise de préavis si le congédiement est pour motifs sérieux. La norme des « motifs sérieux » est élevée et comprend, par exemple, l'inconduite volontaire ou la désobéissance grave.

Certaines catégories d'employés, dont les travailleurs de la construction, les employés qui ont subi une perte d'emploi temporaire et les employés licenciés à la suite d'une grève ou d'un lock-out, peuvent, sous réserve de certaines conditions, être exemptées de l'obligation d'avis de cessation d'emploi prévue par la loi selon chaque province et territoire.

Dans la plupart des provinces et des territoires, des dispositions spéciales s'appliquent lorsqu'un grand nombre d'employés sont licenciés dans un délai précis. Ces dispositions prévoient, à tout le moins, un préavis écrit au directeur des normes d'emploi ou à l'autorité gouvernementale équivalente.

Certaines instances prévoient le versement d'une indemnité de départ aux salariés à titre d'avantage additionnel. Par exemple, aux termes des règles du gouvernement fédéral, tous les salariés qui comptent au moins douze mois consécutifs de service ont droit à une indemnité de départ correspondant à i) cinq jours de salaire habituel ou ii) deux jours de salaire habituel pour chaque année de service, selon le montant le plus élevé.

En Ontario, un employé comptant au moins cinq années de service peut avoir droit à une indemnité de cessation d'emploi s'il fait partie d'un groupe de 50 salariés ou plus qui ont été licenciés au cours d'une période de six mois en raison de l'interruption permanente d'une partie ou de toutes les activités de l'employeur, ou si la masse salariale annuelle de son employeur est de 2,5 millions de dollars canadiens ou plus. On calcule l'indemnité de cessation d'emploi en fonction de la durée de service de l'employé, jusqu'à un maximum de 26 semaines de salaire habituel. En ce qui concerne l'indemnité de préavis, les employés qui ont commis une faute ou une désobéissance intentionnelle ou qui sont visés par les exceptions précisées dans la loi peuvent ne pas avoir droit à l'indemnité de départ.

En plus des droits à une indemnité de cessation d'emploi ou de départ minimale prévue par la loi, les employés non syndiqués qui perdent leur emploi peuvent avoir droit, en vertu de la common law (ou du droit civil au Québec), à un préavis supplémentaire de cessation ou à une indemnité de préavis. Ce droit peut être appliqué par les tribunaux. La durée du préavis dépend de la situation de l'employé, notamment de ses états de service, de son âge, du type de fonction qu'il exerçait et des perspectives d'emploi. Dans la plupart des provinces et des territoires, un employeur peut limiter sa responsabilité quant aux normes minimales prévues par la loi dans un contrat de travail. Les employeurs qui veulent éviter ou limiter la responsabilité relative à l'indemnité de préavis relevant de la common law devraient donc prévoir des dispositions claires dans les contrats écrits. La manière dont un employeur traite un employé au moment du

congédiement est également importante puisqu'un employeur peut être tenu d'indemniser un employé à l'égard d'un dommage réel occasionné par une conduite délictuelle.

En vertu du *Code canadien du travail*, les employeurs assujettis au régime fédéral ne peuvent pas congédier des employés sans motifs sérieux (sauf en ce qui concerne des employés qui comptent moins de douze mois de service, des gestionnaires ou des congédiements en raison d'un manque de travail ou de la suppression d'un poste). En conséquence, les employeurs assujettis au régime fédéral peuvent faire l'objet d'une plainte pour congédiement injuste en vertu du *Code canadien du travail* s'ils congédient sans motifs valables un employé auquel cette protection s'applique. Si un arbitre conclut que la plainte de l'employé est fondée, il peut notamment accorder une indemnité pour perte de salaire et d'avantages et ordonner la réintégration de l'employé.

De même, au Québec, un employé qui compte au moins deux années de service continu et à qui s'applique la *Loi sur les normes du travail* peut déposer une plainte pour congédiement sans une cause juste et suffisante. Si l'arbitre ou un juge détermine que la plainte fondée, il peut également ordonner la réintégration de l'employé, le paiement du salaire perdu et toute autre mesure qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire.

Au Québec, la *Loi sur les normes du travail* confère à tous les employés, syndiqués ou non, le droit à un milieu de travail libre de harcèlement psychologique ainsi que des recours particuliers lorsqu'ils croient être victimes de cette forme de harcèlement. Les employeurs sont tenus de prendre les mesures raisonnables pour prévenir le harcèlement psychologique et, si un tel harcèlement devait avoir lieu, de prendre les mesures raisonnables pour le faire cesser.

Relations de travail

Le gouvernement fédéral et chacune des provinces ont adopté des lois qui régissent la formation et la sélection de syndicats et leurs procédures de négociation collective. En général, lorsque la majorité des travailleurs d'une unité de négociation est pour un syndicat, celui-ci sera accrédité comme le représentant de cette unité d'employés. L'employeur doit négocier de bonne foi avec le syndicat accrédité pour parvenir à la signature d'une convention collective. Tout manquement à cette

obligation peut entraîner des sanctions. La plupart des employés ont le droit de faire la grève si les négociations collectives entre le syndicat et l'employeur ne donnent pas lieu à la signature d'une convention. Toutefois, les employés ne peuvent pas déclencher une grève pendant la durée d'une convention collective.

Droits de la personne

La *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte) est une charte constitutionnelle qui régit le contenu des lois et des autres actions des gouvernements. Elle contient des dispositions, appliquées par les tribunaux, qui protègent les citoyens contre la discrimination. De plus, toutes les provinces et tous les territoires du Canada ont adopté des codes ou des lois sur les droits de la personne, qui interdisent expressément divers types de discrimination dans l'emploi, dont le harcèlement. Alors que la Charte s'applique uniquement aux actions gouvernementales, les lois sur les droits de la personne s'appliquent plus largement aux actions des particuliers et des entités constituées en société, donc aux employeurs de pratiquement toute nature.

Les lois sur les droits de la personne garantissent le droit à l'égalité de traitement ainsi qu'à un milieu de travail exempt de discrimination fondée sur des motifs interdits. Ces motifs varient légèrement d'une province ou d'un territoire à un autre, mais comprennent généralement, entre autres, la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la religion, le sexe (y compris une grossesse), l'orientation sexuelle, l'identité sexuelle, l'expression sexuelle, l'âge, l'état civil, la situation de famille et l'incapacité physique ou mentale (ce qui peut inclure une dépendance diagnostiquée). Dans certaines provinces et dans certains territoires, la discrimination fondée sur un dossier criminel qui n'est pas reliée à la capacité d'une personne ou à son aptitude à exécuter le travail est également interdite. La loi interdit la discrimination directe fondée sur ces motifs et la discrimination indirecte ou systémique lorsqu'une politique d'apparence neutre devient discriminatoire lorsqu'elle est appliquée à un groupe protégé.

**LES LOIS SUR
LES DROITS DE
LA PERSONNE
GARANTISSENT LE
DROIT À L'ÉGALITÉ
DE TRAITEMENT AINSI
QU'À UN MILIEU DE
TRAVAIL EXEMPT
DE DISCRIMINATION
FONDÉE SUR DES
MOTIFS PROHIBÉS.**

Les employeurs ont toutefois le droit d'exiger certaines compétences et d'imposer certaines conditions d'emploi qui sont de bonne foi et raisonnables eu égard au poste à combler.

La première étape de l'analyse de la discrimination consiste à démontrer, pour un employé, que la discrimination a eu lieu ou que l'employé a été traité différemment en fonction d'un des motifs énumérés. Lorsqu'un employé ou un ancien employé peut démontrer que la discrimination fondée sur l'un des motifs énumérés a vraisemblablement eu lieu, il revient à l'employeur d'établir que la condition d'emploi contrevenante est une exigence professionnelle justifiée. L'obligation d'accommodement survient lorsqu'on évalue si une exigence ou une règle du milieu de travail est une exigence professionnelle justifiée. Un employeur doit faire la preuve qu'il a adopté la règle honnêtement et de bonne foi, étant persuadé que la règle était nécessaire et qu'il est impossible d'accommoder les particuliers sans contrainte excessive. La « contrainte excessive » est une norme élevée nécessitant une preuve directe et objective. des coûts quantifiables plus élevés, de l'interchangeabilité relative du lieu de travail et des installations, de l'interférence avec les droits des autres employés ou des risques en matière de santé et de sécurité. L'employeur doit évaluer chaque employé individuellement pour déterminer si le fait de tenir compte des besoins particuliers de l'employé constituerait une contrainte excessive.

Santé et sécurité au travail

Le gouvernement fédéral et toutes les provinces ont édicté des lois pour assurer la santé et la sécurité des travailleurs, ainsi que pour verser des prestations dans les cas d'accident du travail ou de maladie. Les employeurs sont tenus d'élaborer et de maintenir en vigueur des programmes de santé et sécurité appropriés. Dans des provinces comme l'Alberta, la Saskatchewan, le Manitoba et l'Ontario, la législation en matière de santé et sécurité au travail exige une politique relative au harcèlement ou à la violence en milieu de travail. La législation en matière de santé et sécurité au travail vise à protéger la sécurité, la santé et le bien-être des employés ainsi que la sécurité, la santé et le bien-être des non-employés qui entrent sur les lieux de travail.

Les agents de santé et sécurité au travail ont l'autorisation d'inspecter les lieux de travail. S'ils jugent que le travail s'effectue d'une manière

non sécuritaire ou que le lieu de travail n'est pas sécuritaire, ils ont le pouvoir d'ordonner que la situation soit corrigée et de faire cesser le travail si nécessaire. Les contraventions aux lois, aux codes ou aux règlements sont traitées avec beaucoup de sérieux et peuvent entraîner des amendes ou des peines d'emprisonnement. De récentes modifications apportées au *Code criminel* ont aussi accru la responsabilité éventuelle des employeurs qui ne veillent pas à ce que les lieux de travail soient sécuritaires.

Violence et harcèlement au travail

Dans le cadre du maintien d'un lieu de travail sécuritaire, la plupart des provinces et des territoires du Canada ont adopté des lois qui prévoient les obligations de l'employeur en ce qui a trait à la prévention de la violence et du harcèlement dans le lieu de travail, y compris la violence et le harcèlement par la clientèle ou le public. Dans plusieurs provinces et territoires, ces obligations s'étendent au devoir de prévention et d'intervention en matière de harcèlement sexuel. Dans la province de Québec, les lois sur les normes du travail traitent du harcèlement psychologique en milieu de travail. Les exigences de la loi en ce qui concerne la violence et le harcèlement au travail varient selon la province ou le territoire, mais les employeurs doivent s'assurer de connaître leurs obligations et de s'y conformer rigoureusement. Certaines des caractéristiques principales de la loi rendent obligatoire pour un employeur :

- d'évaluer les risques dans le lieu de travail, en fonction de certains facteurs prescrits;
- d'élaborer des politiques et des procédures en lien avec la violence et le harcèlement au travail;
- d'offrir de la formation aux employés; et
- d'élaborer des procédures d'enquête en cas de violence ou de harcèlement au travail.

**LE GOUVERNEMENT
FÉDÉRAL ET TOUTES
LES PROVINCES ONT
ÉDICTÉ DES LOIS
POUR ASSURER
LA SANTÉ ET LA
SÉCURITÉ DES
TRAVAILLEURS, AINSI
QUE POUR VERSER
DES PRESTATIONS
DANS LES CAS
D'ACCIDENT DU
TRAVAIL OU DE
MALADIE.**

Normes d'accessibilité

En Ontario, la *Loi de 2005 sur l'accessibilité pour les personnes handicapées de l'Ontario* (LAPHO) prévoit des exigences particulières en matière de mesures d'adaptation à l'intention des personnes handicapées pour diverses catégories d'organisations en Ontario. L'objectif de la LAPHO est d'offrir l'accessibilité à toutes les personnes handicapées. Les obligations des employeurs et des entreprises ont été introduites lentement depuis 2012. En 2016 et 2017, le dernier bloc important d'obligations liées à l'emploi est entré en vigueur pour tous les employeurs. La LAPHO impose plusieurs obligations liées à l'emploi aux employeurs, qui doivent notamment :

- élaborer, adopter et tenir un énoncé de politique liée à l'emploi facilement accessible;
- offrir une formation de sensibilisation à la situation des personnes handicapées (pour les employeurs qui ont plus de cinq employés) qui doit être suivie dans un délai de trois à cinq ans après l'entrée en vigueur de la norme;
- élaborer, adopter et maintenir des procédures pour offrir des mesures d'adaptation aux employés aux étapes de recrutement, d'évaluation, de sélection et d'embauche;
- émettre des avis internes et externes concernant les mesures d'adaptation à l'intention des personnes handicapées et consulter les postulants qui demandent des mesures d'adaptation à propos des mesures d'adaptation possibles;
- élaborer et maintenir des mesures d'adaptation personnalisées et des plans de retour au travail pour les employés;
- conserver des documents concernant les politiques et les procédures de soutien aux employés handicapés et l'information nécessaire pour faire une demande de mesure d'adaptation; et
- fournir aux inspecteurs les politiques ou les documents obligatoires en vertu de la LAPHO, en cas de demande.

En plus des obligations liées à l'emploi, la LAPHO impose également des obligations d'accessibilité aux entreprises en ce qui a trait au service à la clientèle, aux lieux physiques, ainsi qu'à l'information et aux communications.

La LAPHO a été la première loi en son genre au Canada. Le Manitoba et la Nouvelle-Écosse ont depuis adopté des lois similaires. Le 21 juin 2019, le gouvernement fédéral canadien leur a emboîté le pas en adoptant la *Loi canadienne sur l'accessibilité*, applicable aux entités réglementées par le gouvernement fédéral, y compris les employeurs du secteur privé.

Renseignements personnels

Les employeurs au Canada doivent savoir que le Canada a des lois qui régissent la collecte, l'utilisation, la communication, l'entreposage des renseignements personnels sur les employés ainsi que le droit d'un employé d'accéder à ces renseignements. Cette question revêt une importance particulière au Québec, en Alberta et en Colombie-Britannique puisque ces provinces ont déjà adopté des lois en matière de protection des renseignements personnels distinctes de la législation fédérale. Voir la section **Lois sur la protection des renseignements personnels**.

Prestations d'emploi

Le Régime de pensions du Canada est un régime fédéral qui fournit une pension aux salariés et des prestations de survivant aux veufs et veuves ainsi qu'aux enfants à charge d'un salarié décédé. Tous les salariés et les employeurs, sauf ceux de la province de Québec, doivent cotiser au Régime de pensions du Canada. L'employeur peut déduire sa cotisation à des fins fiscales. Le Québec a un régime de pensions similaire auquel les employeurs et les salariés du Québec sont tenus de cotiser.

En plus du Régime de pensions du Canada, les salariés et les employeurs doivent cotiser au Régime d'assurance-emploi fédéral, qui offre des avantages aux employés assurés lorsqu'ils cessent de travailler ou qu'ils prennent un congé parental, et dans certaines autres circonstances. La cotisation de l'employeur est déductible aux fins de l'impôt sur le revenu. Le Québec a également son propre régime d'assurance parentale qui offre des avantages aux employés assurés lorsqu'ils prennent un congé de maternité ou de paternité et auquel les employeurs et les employés au Québec cotisent. Toutes les provinces canadiennes ont établi des régimes complets d'assurance-maladie. Ces régimes couvrent les soins médicaux nécessaires, notamment les frais médicaux et les frais de séjour à l'hôpital. Ils ne remplacent pas les régimes privés d'assurance-invalidité ou d'assurance-vie.

Le financement des régimes d'assurance-maladie publics varie d'un régime provincial à un autre. Dans certaines provinces, les employeurs doivent verser des primes ou des taxes d'assurance-maladie. Dans d'autres provinces, ce sont les salariés qui paient des primes, ou le coût total de l'assurance-maladie est financé par les recettes fiscales.

Les employeurs offrent aussi habituellement une assurance-maladie complémentaire dans le cadre de leurs régimes d'assurance privés pour couvrir les prestations de maladie que le régime public ne couvre pas.

Les employeurs peuvent devoir verser des prestations de maladie ou des prestations à l'intention des travailleurs accidentés, sous la forme d'une assurance contre les accidents du travail, un système d'assurance contre la responsabilité civile et l'invalidité qui protège les employeurs et les employés au Canada contre l'incidence des accidents du travail. Cette assurance compense les salaires perdus par les travailleurs blessés et couvre les frais de santé et autres dépenses liées à l'accident. L'assurance contre les accidents du travail empêche aussi les employeurs d'être poursuivis par leurs travailleurs si ces derniers sont blessés sur leur lieu de travail.

D'autres lois au Canada traitent d'avantages additionnels tels les régimes privés de pensions et d'assurance. Par exemple, la plupart des provinces et des territoires du Canada ont défini des normes relativement aux régimes de pensions qui précisent les conditions minimales que doivent respecter les régimes privés de pensions.

POUR EN SAVOIR PLUS,

VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC L'UNE DES PERSONNES SUIVANTES :

Ben Aberant

babera@mcCarthy.ca

403-260-3641

Pat Pengelly

ppengelly@mcCarthy.ca

416-601-8292

LOIS SUR LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Résumé	195
Loi fédérale sur la protection des renseignements personnels applicable au secteur privé – LPRPDE	196
Lois provinciales sur la protection des renseignements personnels	197
Québec	198
Principales tendances des lois canadiennes sur la protection des renseignements personnels	199
Lignes directrices pour les entreprises	202
Cas d'inobservation	204
Modifications en cours et avenir du régime canadien de protection des renseignements personnels	205

Par Eugen Miscoi, Jon Adessky et Pierre Dushime

LOIS SUR LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Résumé

Toutes les entreprises au Canada sont assujetties aux lois qui régissent la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels dans le cours des activités commerciales et, dans certains territoires, dans le cadre de la gestion des employés. Les « renseignements personnels » sont généralement des renseignements concernant une personne identifiable. La collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels par des entreprises et entités du secteur privé dans les provinces de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et du Québec sont régies par la législation édictée par chacune de ces provinces, tandis qu'une loi fédérale sur la protection des renseignements personnels applicable au secteur privé régit la collecte, l'utilisation et la communication des renseignements personnels dans le reste du Canada.

TOUTES LES ENTREPRISES AU CANADA SONT ASSUJETTIES AUX LOIS QUI RÉGISSENT LA COLLECTE, L'UTILISATION ET LA COMMUNICATION DE RENSEIGNEMENTS PERSONNELS DANS LE COURS DES ACTIVITÉS COMMERCIALES.

Ces régimes législatifs se fondent de manière générale sur les dix principes suivants qui régissent la collecte, l'utilisation et la communication des renseignements personnels :

- la responsabilité;
- la détermination des fins;
- le consentement;
- la limitation de la collecte;
- la limitation de l'utilisation, de la communication et de la conservation;
- l'exactitude;
- les mesures de sécurité;
- la transparence;
- l'accès aux renseignements personnels; et
- la possibilité de porter plainte.

En plus de leurs lois générales sur la protection des renseignements personnels applicables au secteur privé, les provinces de l'Alberta, du Manitoba, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick, de Terre-Neuve-et-Labrador, de l'Ontario, du Québec et de la Saskatchewan ont également adopté des lois afin de protéger spécifiquement les renseignements personnels sur la santé. Par exemple, la *Loi de 2004 sur la protection des renseignements personnels sur la santé* (Ontario) établit des règles à l'égard de la collecte, de l'utilisation et de la communication de renseignements personnels sur la santé par des dépositaires de renseignements sur la santé en Ontario.

Loi fédérale sur la protection des renseignements personnels applicable au secteur privé – LPRPDE

Au niveau fédéral, la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE) régit la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels dans les provinces et dans les territoires qui n'ont pas adopté de législation essentiellement similaire en matière de protection des renseignements personnels, de même que dans le cadre d'activités commerciales interprovinciales et internationales. La LPRPDE s'applique à tous les établissements, entreprises et commerces réglementés par le gouvernement fédéral, peu importe la province dans laquelle ils exercent. Cela inclut notamment les banques, les compagnies aériennes, les prestataires de services de télécommunications et d'autres organisations du ressort fédéral. Comme expliqué plus en détail ci-dessous, si la *Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs* (LPVPC) — instaurée par la *Loi édictant la Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs*, la *Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données* et la *Loi sur l'intelligence artificielle et les données et apportant des modifications corrélatives et connexes à d'autres lois* (Projet de loi C-27) — est adoptée, le régime de protection des renseignements personnels énoncé dans la LPRPDE sera modernisé de façon à correspondre étroitement à la *Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels du Québec* (Loi 25, auparavant Projet de loi 64).

À moins que certaines exceptions ne s'appliquent, la connaissance et le consentement d'une personne sont nécessaires pour collecter, utiliser ou communiquer ses renseignements personnels. Le consentement explicite peut être nécessaire en ce qui a trait à des renseignements personnels plus délicats (par exemple, des renseignements médicaux ou

financiers), alors que le consentement implicite peut être suffisant pour des renseignements personnels non délicats (par exemple, l'adresse postale). En vertu des modifications apportées à la LPRPDE en 2015, le consentement de l'intéressé n'est valable que s'il est raisonnable de s'attendre à ce que l'individu visé par les activités de l'organisation comprenne la nature, les fins et les conséquences de la collecte, de l'utilisation ou de la communication des renseignements personnels auxquelles il a consenti. Des exceptions à l'exigence de consentement, notamment la communication de renseignements personnels dans le cadre de certaines opérations commerciales, sont prévues par la loi.

Les *Lignes directrices pour l'obtention d'un consentement valable* (Lignes directrices) du Commissariat à la protection de la vie privée (CPVP) précisent que le fait de ne pas obtenir un consentement valable peut conduire une entreprise à perdre sa capacité à gérer les renseignements personnels nécessaires à son fonctionnement. Afin de favoriser l'obtention d'un consentement valable, les sociétés sont encouragées à : i) s'assurer que leur politique en matière de protection des renseignements est rédigée en langage clair; ii) utiliser des avis « juste-à-temps » sur leur site Web comme complément à la version longue de la politique en matière de protection des renseignements; iii) rédiger un résumé des principaux points à mettre au début de la politique en matière de protection des renseignements; et à iv) utiliser des outils interactifs dans la présentation de l'information concernant la protection des renseignements.

Lois provinciales sur la protection des renseignements personnels

L'Alberta, la Colombie-Britannique et le Québec ont adopté leurs propres lois sur la protection des renseignements personnels applicable au secteur privé pouvant s'appliquer à la place de la LPRPDE aux pratiques d'entreprises et d'entités situées dans ces provinces en matière de protection des renseignements personnels des consommateurs ainsi que des salariés. Ces lois sont, en substance, jugées de manière similaire à la LPRPDE. La partie suivante donnera donc une vue d'ensemble du régime de protection des renseignements personnels du Québec, en se concentrant uniquement sur cette province parce qu'elle établit certaines des exigences les plus strictes applicables au Canada. En d'autres termes, se conformer au régime de protection des renseignements personnels du Québec permet d'être en conformité substantielle avec les autres régimes de protection des renseignements personnels du pays.

Québec

La *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* (Loi québécoise) s'applique à la collecte, à l'utilisation ou à la communication de renseignements personnels sur le territoire de la province par « toute personne qui exploite une entreprise ». Ce régime de protection des renseignements personnels a été modifié par la Loi 25, et continue de l'être. Le tableau 1 ci-dessous résume les nouvelles obligations principales imposées par la Loi 25, qui sont classées en fonction de leur date d'entrée en vigueur.

Tableau 1 : Sommaire et dates d'entrée en vigueur des modifications

22 septembre 2022 :	22 septembre 2023 :	22 septembre 2024 :
Nouvelles obligations	Nouvelles obligations	Nouvelles obligations
<ul style="list-style-type: none"> — Nomination d'un responsable de la protection des renseignements personnels — Déclaration des atteintes à la protection des données — Exceptions au consentement pour les : <ul style="list-style-type: none"> — transactions commerciales; — études, recherches ou productions de statistiques — Communication de bases de données biométriques pour l'authentification à la Commission d'accès à l'information (CAI) du Québec 	<ul style="list-style-type: none"> — Cadre pour la protection des renseignements personnels — Exigences supplémentaires en matière de transparence — Évaluations des facteurs relatifs à la vie privée — Protection des renseignements personnels par défaut et dès la conception — Droits de désindexation — Exigences supplémentaires en matière de consentement — Transferts transfrontaliers de renseignements personnels — Nouveau régime pour l'utilisation secondaire de renseignements personnels — Obligations strictes de conservation et de destruction — Nouvelle obligation lorsqu'une décision automatisée est prise à l'aide des renseignements personnels d'un individu — Nouveau régime pour les coordonnées professionnelles — Nouvelles sanctions en cas de non-conformité 	<ul style="list-style-type: none"> — Droit à la portabilité des données

Les amendes qui pourraient résulter du non-respect de la Loi québécoise constituent une évolution importante apportée par la Loi 25. En cas de non-respect et à compter du 22 septembre 2023, la CAI pourra imposer une sanction administrative pécuniaire pouvant aller jusqu'à 10 000 000 \$ CA ou jusqu'au montant correspondant à 2 % du chiffre d'affaires mondial de l'exercice financier précédent si ce dernier montant est plus élevé. La CAI peut également tenter des poursuites pénales éventuellement assorties d'amendes pouvant aller jusqu'à 25 000 000 \$ CA ou jusqu'au montant correspondant à 4 % du chiffre d'affaires mondial de l'exercice financier précédent si ce dernier montant est plus élevé. En cas de récidive, les amendes peuvent être doublées. Le **Cadre général d'application des sanctions administratives pécuniaires** de la CAI détermine les amendes initiales pour différents niveaux de manquement, ce qui permet de classer la gravité du manquement en quatre catégories : mineur, modéré, grave et très grave. Cette catégorisation détermine la sanction de base. Ensuite, la CAI ajuste le montant de base en fonction de facteurs tels que la nature du manquement, le risque de préjudice et la sensibilité des renseignements. Cependant, les montants de base ne constituent pas un plancher, et donc peuvent être inférieurs en présence de facteurs atténuants. Toutefois, les amendes peuvent augmenter considérablement en présence de facteurs aggravants, jusqu'à 10 000 000 \$ CA ou jusqu'au montant correspondant à 2 % du chiffre d'affaires mondial de l'exercice financier précédent d'une entreprise ou entité si ce dernier montant est plus élevé.

Principales tendances des lois canadiennes sur la protection des renseignements personnels

Avis des atteintes à la protection des renseignements personnels et tenue de registres

Pendant de nombreuses années, la *Personal Information Protection Act de l'Alberta* (PIPA de l'Alberta) était la seule loi sur la protection des renseignements personnels de portée générale applicable au secteur privé au Canada qui imposait aux organisations du secteur privé l'obligation de signaler les atteintes à la protection des renseignements personnels. En vertu de la PIPA de l'Alberta, les organisations du secteur privé ne doivent signaler (à l'Information and Privacy Commissioner de l'Alberta) que les atteintes à la protection des renseignements personnels qui pourraient poser un risque réel de préjudice important pour un individu. L'Information and Privacy Commissioner de l'Alberta décide ensuite si une organisation doit aviser les personnes visées.

Depuis le 1^{er} novembre 2018, en raison des modifications apportées à la LPRPDE en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels numériques*, les organisations partout au Canada doivent se conformer à de nouvelles obligations selon les règles en matière d'avis des atteintes. Les organisations assujetties à la LPRPDE ont des obligations en matière de déclaration, d'avis et de conservation de registres pour toute atteinte aux mesures de sécurité. Une atteinte aux mesures de sécurité peut être définie au sens large comme : la « communication non autorisée ou la perte de renseignements personnels, ou les accès non autorisés à ceux-ci, par suite d'une atteinte aux mesures de sécurité d'une organisation ». Les obligations de déclaration et d'avis sont déclenchées par la présence d'un risque réel de préjudice grave (RRPG) à un individu. Le RRPG a également une définition générale qui comprend : « la lésion corporelle, l'humiliation, le dommage à la réputation ou aux relations, la perte financière, le vol d'identité, l'effet négatif sur le dossier de crédit, le dommage aux biens ou leur perte, et la perte de possibilités d'emploi ou d'occasions d'affaires ou d'activités professionnelles ». Les éléments servant à établir si une atteinte aux mesures de sécurité présente un RRPG incluent le degré de sensibilité des renseignements personnels en cause, ainsi que la probabilité que les renseignements personnels aient été utilisés abusivement ou soient en train ou sur le point de l'être.

Le rapport d'atteinte doit être soumis au CPVP « dès que possible après que l'organisation a conclu qu'il y a eu atteinte ». Le même critère s'applique pour remettre aux individus des avis concernant les atteintes qui visent leurs renseignements personnels, sauf si la loi le prévoit autrement. L'avis doit être apparent et contenir suffisamment d'information pour aider les individus touchés à atténuer les risques de préjudice. On peut trouver de l'information sur les renseignements à inclure dans les rapports écrits soumis au CPVP et les avis aux individus dans le *Règlement sur les atteintes aux mesures de sécurité*. Par ailleurs, qu'il y ait un RRPG ou non, une organisation doit tenir un registre d'atteinte à la sécurité pour une période de 24 mois suivant une atteinte aux mesures de sécurité. Pendant cette période, les organisations doivent accéder en tout temps aux demandes d'accès au registre du CPVP. De plus, l'organisation qui subit une atteinte devra aviser toute autre organisation ou toute institution gouvernementale si elle croit que celle-ci peut être en mesure de réduire le risque de préjudice pouvant résulter de l'atteinte.

Les organisations assujetties à la LPRPDE sont tenues responsables si elles contreviennent sciemment aux exigences d'avis. Une organisation

peut donc s'exposer à des amendes pouvant aller jusqu'à 100 000 \$ CA par infraction. De plus, la LPRPDE confère au commissaire à la protection de la vie privée du Canada le droit de rendre publique toute information dont il a connaissance dans le cadre de l'exercice de ses devoirs ou de ses pouvoirs, de même que de rendre public le contenu des rapports de déclaration d'atteinte à la sécurité soumis au CPVP, s'il juge que l'information est d'intérêt public. Dans l'ensemble, ces dispositions imposent des obligations plus strictes en matière de protection des renseignements personnels, de consentement et de déclaration d'atteinte à la sécurité.

Au Québec, la Loi 25 a mis en place de nouvelles obligations en matière d'avis aux entreprises du secteur privé qui subissent une atteinte à la protection de renseignements personnels, ce que la Loi 25 appelle un « incident de confidentialité ». Un incident de confidentialité est défini comme l'accès, l'utilisation ou la communication non autorisés de renseignements personnels, la perte de renseignements personnels ou toute atteinte à la protection de ces renseignements. En cas d'incident de confidentialité présentant un « risque de préjudice sérieux », les entreprises sont tenues de prendre des mesures raisonnables pour atténuer le risque et prévenir des incidents similaires. Plusieurs facteurs sont à prendre en compte pour savoir si un incident donné présente un « risque de préjudice sérieux », notamment la sensibilité des renseignements concernés, les possibles conséquences de leur utilisation et la probabilité qu'ils soient utilisés à des fins préjudiciables. S'il existe un « risque de préjudice sérieux », les organisations sont obligées d'aviser, avec diligence, aussi bien la CAI que les personnes exposées au risque.

Transferts transfrontaliers de renseignements

En ce qui concerne les transferts de renseignements personnels aux fournisseurs de services situés à l'extérieur du Canada, les organismes fédéraux de réglementation en matière de protection des renseignements personnels considèrent que le principe de « transparence » prévu dans la LPRPDE exige qu'un avis de tels transferts doive être transmis aux personnes concernées. La PIPA de l'Alberta exige que les organisations avisent les personnes dont les renseignements personnels sont transférés à un fournisseur de services situé à l'extérieur du Canada. Au Québec, à compter du 22 septembre 2023, la Loi 25 prévoit de nouvelles obligations pour les entreprises prenant part au transfert transfrontalier de renseignements personnels. Au moment de la collecte des renseignements et sur demande, celles-ci doivent informer les

personnes concernées de la possibilité que les renseignements recueillis soient communiqués à l'extérieur du Québec. Avant de communiquer des renseignements personnels à l'extérieur du Québec, une évaluation des facteurs relatifs à la vie privée doit être effectuée afin d'établir que les renseignements transférés bénéficieront d'une protection adéquate dans l'État où ces renseignements seront transférés. L'évaluation prend en compte des facteurs tels que la sensibilité des renseignements, les fins, les mesures de protection et le régime juridique de l'État destinataire. Les transferts transfrontaliers doivent également faire l'objet d'une entente écrite qui tient compte des résultats de l'évaluation et des conditions convenues pour atténuer les risques. Il convient de noter que ces exigences s'appliquent de la même manière aux transferts de renseignements personnels interprovinciaux et internationaux.

Lignes directrices pour les entreprises

Que la LPRPDE ou une loi provinciale similaire constitue le régime de protection des renseignements personnels applicable, les priorités immédiates pour la plupart des sociétés qui établissent une entreprise au Canada devraient être les suivantes :

- définir une stratégie documentée d'observation des lois sur la protection des renseignements personnels qui précise les normes à respecter eu égard au régime législatif applicable;
- adopter une politique en matière de protection des renseignements personnels externe et interne et des pratiques de gestion des renseignements personnels pour s'assurer de respecter les lois sur la protection des renseignements personnels applicables;
- désigner une personne qui sera responsable d'administrer et de superviser les pratiques de gestion des renseignements personnels de la société et qui apportera tous les changements nécessaires en vertu de la loi applicable;
- passer en revue les pratiques actuelles de la société en matière de gestion des renseignements personnels à l'extérieur du Canada et les pratiques proposées en matière de gestion des renseignements à l'intérieur du Canada, notamment déterminer la nature des renseignements personnels recueillis, l'endroit où ils sont recueillis, les consentements à obtenir et les fins auxquelles les renseignements personnels sont recueillis, l'endroit où ils sont conservés, la façon dont ils sont utilisés et à quel moment et à qui ils sont communiqués, et la manière dont les pratiques actuelles de la société en matière de

gestion des renseignements personnels peuvent devoir être modifiées quant à la collecte, à l'utilisation et à la divulgation des renseignements personnels au Canada;

- examiner l'infrastructure de gestion des données de la société pour s'assurer qu'elle est suffisamment souple et robuste pour permettre la mise en œuvre des politiques relatives à la protection des renseignements personnels et des pratiques de gestion des données de la société;
- insérer les consentements obligatoires dans les contrats, les formulaires (y compris les formulaires Web) et les autres documents qui sont utilisés lors de la collecte de renseignements personnels auprès de personnes (clients et employés);
- examiner les ententes pour garantir, en ce qui concerne les contrats conclus avec des tiers auxquels des renseignements personnels seront communiqués (ou lorsque le tiers aura accès aux renseignements personnels), que le tiers s'engage à respecter les modalités contractuelles appropriées, notamment préciser la propriété des données et veiller à ce que le tiers fournisse des mesures de protection adéquates des renseignements; s'assurer que les renseignements personnels seront utilisés aux seules fins pour lesquelles ils ont été communiqués au tiers; veiller à ce que le tiers cesse d'utiliser (ou retourne ou détruit) les renseignements personnels sur demande; et prévoir l'indemnisation par le tiers quant à tout manquement à ces modalités.
- effectuer des évaluations des facteurs relatifs à la vie privée pour examiner correctement les risques pour les renseignements personnels en lien avec de nouveaux projets et des transferts transfrontaliers de renseignements; et
- adopter un plan d'intervention en cas d'atteinte à la protection des renseignements qui indique clairement les personnes-ressources internes et les conseillers externes à contacter. Un tel plan permettra d'éviter les erreurs et d'obtenir du soutien immédiat en cas d'incident. Une organisation doit être en mesure de déceler rapidement

**POUR LA PLUPART
DES SOCIÉTÉS
QUI ÉTABLISSENT
UNE ENTREPRISE
AU CANADA,
LES PRIORITÉS
IMMÉDIATES
DEVRAIENT
COMPRENDRE LA
DÉSIGNATION D'UNE
PERSONNE QUI SERA
RESPONSABLE DE
L'ADMINISTRATION ET
DE LA SUPERVISION
DES PRATIQUES
DE GESTION DES
RENSEIGNEMENTS
PERSONNELS DE
LA SOCIÉTÉ.**

une atteinte à la protection des renseignements, de procéder immédiatement à l'exécution du plan d'intervention, d'isoler les systèmes touchés, d'évaluer les dommages et de corriger la situation.

Ces premières étapes peuvent nécessiter plusieurs mois, selon la taille et la maturité de la société.

Cas d'inobservation

Il faut tenir compte du respect des lois sur la protection des renseignements personnels dans le cadre de toute opération commerciale touchant la communication ou le transfert de renseignements personnels, comme les achats ou les ventes d'entreprises, les opérations d'impartition et les opérations de titrisation. Par exemple, lorsqu'on envisage d'acheter une entreprise canadienne, il est crucial d'inclure un examen des politiques et pratiques en matière de protection des renseignements personnels de la société cible dans le cadre du contrôle préalable. Si des renseignements personnels sur les employés ou les clients doivent être communiqués à l'acheteur dans le cadre du contrôle préalable, il est également essentiel qu'un régime de confidentialité approprié soit établi pour le processus. Il est recommandé que seuls les renseignements personnels nécessaires à l'opération ou à ses modalités (y compris le prix), ou susceptibles d'avoir une incidence sur la décision d'aller de l'avant avec l'opération soient communiqués.

Le défaut de se conformer aux lois sur la protection des renseignements personnels peut mener à des plaintes devant le commissaire à la protection de la vie privée compétent, à des ordonnances et à des amendes. Une entreprise dont les pratiques en matière de protection des renseignements personnels sont déficientes peut faire l'objet de mauvaise presse en raison du défaut de se conformer aux lois sur la protection des renseignements personnels.

La Loi 25 introduit de nouvelles conséquences au non-respect de la loi pour les entreprises exerçant des activités au Québec. Voir [Québec](#).

Étant donné la complexité des lois sur la protection des renseignements personnels et les différences entre les diverses lois qui peuvent s'appliquer à une société ou à une unité d'exploitation particulière, il peut être difficile pour une entreprise de s'assurer de sa conformité avec les lois sur la protection des renseignements personnels à tous les échelons, en particulier s'il s'agit d'une entreprise active à l'échelle internationale.

Il est important de noter que les exceptions à l'exigence de consentement en cas de situation d'urgence peuvent varier selon les lois canadiennes sur la protection des renseignements personnels et peuvent être assorties de certaines conditions. En général, la personne concernée doit, si possible, être avisée de la communication avant celle-ci ou sans délai après. En outre, ces autorisations législatives ne s'appliquent pas toujours aux opérations commerciales « normales ». Les sociétés sont donc encouragées à tenir compte des lois applicables avant de mettre en œuvre les autorisations législatives qui prévoient des exemptions à l'obligation d'obtenir le consentement pour la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels. Enfin, la pandémie de COVID-19 a également suscité des inquiétudes concernant la sécurité des renseignements, en particulier dans le cadre du télétravail. En vue de respecter leurs obligations en matière de protection des renseignements personnels, les sociétés doivent prendre toutes les mesures raisonnables pour s'assurer que les renseignements personnels sont protégés de manière appropriée contre le vol, la perte, la communication non autorisée et d'autres formes de menace.

Modifications en cours et avenir du régime canadien de protection des renseignements personnels

Le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux du Canada ont présenté des projets de loi et adopté des lois visant à moderniser le paysage de la protection des renseignements personnels là où ils ont compétence.

- Au niveau fédéral, le projet de loi C-27 vise à moderniser le régime fédéral de protection des renseignements personnels. Le projet de loi C-27 crée trois nouvelles lois : (i) la LPVPC, qui remplace les sections sur la protection des renseignements de l'actuelle loi fédérale sur la protection des renseignements personnels applicable au secteur privé, la LPRPDE; (ii) la *Loi sur le Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données* (LTPRPD), qui constituerait un tribunal d'appel pour statuer sur les décisions en matière de protection des renseignements en vertu de la LPVPC; et (iii) la *Loi sur l'intelligence artificielle et les données* (LIAD), qui serait la première loi au Canada à réglementer directement l'intelligence artificielle. Le projet de loi C-27 suit le processus législatif fédéral et est susceptible d'évoluer avant que ses trois nouvelles lois ne soient sanctionnées (si elles le sont).

- Au niveau provincial, la Loi québécoise a été remaniée par la Loi 25. La loi 25 a reçu la sanction royale le 22 septembre 2021 et modifie considérablement le régime de protection des renseignements personnels du Québec grâce à une entrée en vigueur, à l'européenne, en trois phases de son cadre, les 22 septembre 2022, 2023 et 2024.

Ces efforts de modernisation s'inscrivent dans le contexte d'un mouvement mondial plus large en faveur d'obligations toujours plus grandes en matière de protection des renseignements personnels pour les sociétés qui collectent et traitent des renseignements personnels dans le cadre de leurs activités. Pour recevoir des conseils pratiques sur la façon efficace de rester au fait de toutes les exigences applicables au Canada, vous pouvez communiquer avec notre groupe multidisciplinaire Cyber/Données.

**POUR EN SAVOIR PLUS,
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC L'UNE DES PERSONNES SUIVANTES :**

Charles S. Morgan

cmorgan@mccarthy.ca

514-397-4230

Dan Glover

dglover@mccarthy.ca

416-601-8069

RÉGLEMENTATION ENVIRONNEMENTALE

Par Una Radoja



RÉGLEMENTATION ENVIRONNEMENTALE

Au Canada, la réglementation environnementale est un domaine de responsabilité partagée par le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux, lesquels ont délégué certains pouvoirs aux administrations municipales.

Le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont adopté des lois, des politiques, des directives et des règlements environnementaux qui s'appliquent à l'industrie dans de nombreux domaines, dont la pollution et la contamination de l'air, de la terre et de l'eau, les substances toxiques, les déchets dangereux, les émissions de gaz à effet de serre, ainsi que le transport de produits dangereux et les déversements accidentels. De plus, des obligations d'approbation et d'évaluation des incidences environnementales existent dans de nombreuses sphères d'activité, autant dans le secteur privé que public.

Les organismes de réglementation environnementale exercent de larges pouvoirs de surveillance et d'inspection et utilisent une vaste gamme de mécanismes d'exécution. Ces pouvoirs et mécanismes s'étendent non seulement aux entreprises concernées, mais aussi aux administrateurs, dirigeants, employés et mandataires de la société s'ils autorisent ou approuvent un acte illégal ou s'ils ne prennent pas de mesures raisonnables pour assurer le respect de la réglementation, même si la société n'a pas fait l'objet de poursuites. Par exemple, la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (« LCPE ») et la *Loi sur les pêches* contiennent des dispositions qui prévoient des mises en garde, de lourdes amendes, des peines de prison, des injonctions et des ordonnances exécutoires. Les tribunaux canadiens peuvent tenir des sociétés de portefeuille, ainsi que leurs dirigeants, administrateurs et certains employés, responsables d'infractions environnementales.

La responsabilité à l'égard des lieux contaminés est un sujet important au Canada. Dans ce domaine, la loi place la responsabilité sur les épaules des personnes qui causent la pollution (le principe du pollueur-payeur) et, selon la situation particulière et la province, sur les personnes qui possèdent, occupent, administrent ou contrôlent des lieux contaminés ou qui ont déjà possédé, occupé ou contrôlé de tels lieux. Le principe de « l'acheteur averti » est donc pertinent, et tout acheteur ou prêteur doit être au courant des problèmes environnementaux, potentiels et



passés, associés à l'entreprise ou au bien visé et, dans certains cas, aux entreprises et aux biens détenus précédemment. Dans certaines provinces canadiennes, les propriétaires et exploitants actuels d'anciens terrains contaminés, ainsi que leurs administrateurs et dirigeants, peuvent faire l'objet d'actions civiles de la part des futurs propriétaires du terrain ou des propriétaires voisins touchés, afin de recouvrer les frais d'assainissement encourus. Ces personnes peuvent également faire l'objet d'ordonnances de prévention de la pollution, d'enquêtes et d'assainissements rendus par l'organisme provincial de réglementation. Si la contamination touche des eaux où vivent des poissons, des frais au titre de la *Loi sur les pêches* peuvent aussi être exigés.

Le Canada a adopté des lois, telles que la LCPE, la *Loi sur la pêche* et la *Loi sur les ressources en eau du Canada*, visant à prévenir l'apparition de nouveaux sites contaminés et à protéger les ressources en eau. Associé aux règlements provinciaux, ce cadre législatif aide les entreprises canadiennes à déterminer si les produits qu'elles utilisent sont des substances nocives et, dans l'affirmative, la quantité permise de rejeter sans pénalité. Dans la plupart des territoires de compétence canadienne, les dirigeants et les administrateurs ont l'obligation de prendre des mesures raisonnables visant à assurer le respect de la législation et de signaler le rejet de certaines substances. Toute entreprise qui rejette des substances susceptibles de pénétrer dans les cours d'eau doit se conformer aux lois et aux règlements qui s'y rapportent, faute de quoi elle s'expose à de lourdes sanctions.

La pollution de l'air constitue un autre grave problème au Canada. La LCPE crée des obligations pour les entreprises en cas de rejet ou de probabilité de rejet dans l'environnement d'une substance toxique répertoriée susceptible de menacer la santé, la sécurité et le bien-être des humains. Ces obligations comprennent le signalement et la notification aux autorités compétentes et au public, et le déploiement de mesures préventives visant à réduire les dommages causés à l'environnement. Elles s'appliquent également à la pollution susceptible d'avoir des effets à l'échelle internationale.

En raison des lois environnementales rigoureuses et de l'approche rigoureuse appliquée par les organismes de réglementation pour faire enquête et intenter des poursuites sur des questions environnementales, il est recommandé aux sociétés de demander des conseils adéquats quant à la diligence requise en matière environnementale.

Le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont élaboré et commencé à mettre en œuvre des lois visant la réduction des émissions de gaz à effet de serre. Le gouvernement fédéral a commencé la mise en place d'un système de prix fédéral pour le carbone dans les provinces et les territoires qui n'ont pas élaboré leur propre système conforme au modèle fédéral. Le système fédéral se compose d'un système de tarification fondé sur le rendement qui s'applique à diverses industries, ainsi que d'une redevance sur les combustibles, qui touche les combustibles fossiles consommés dans la province ou le territoire. Le domaine du droit des changements climatiques évolue au Canada, et les entreprises devraient s'assurer d'être au courant des exigences actuelles et en cours d'élaboration dans les provinces où elles exercent leurs activités.

Le Canada a adopté la *Loi sur l'évaluation d'impact* (anciennement *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*) en 2019 dans le but de réduire les effets environnementaux, économiques, sanitaires et sociaux des grands projets au Canada, ainsi que les incidences sur les groupes autochtones et les droits des peuples autochtones au Canada. La *Loi sur l'évaluation d'impact* s'applique aux grands projets décrits dans la liste des projets associés ou aux projets désignés par le ministre. Une fois qu'un projet est désigné, la *Loi sur l'évaluation d'impact* fournit des outils destinés à favoriser la coopération et la coordination avec d'autres territoires de compétence.

Les projets qui atteignent les seuils fixés dans la liste des projets ou qui sont désignés par le ministre font l'objet d'une phase de planification afin de déterminer si une évaluation d'impact est nécessaire. Les projets nécessitant une évaluation d'impact sont examinés par l'agence ou par un comité d'examen, et une décision est rendue concernant les répercussions du projet et les amendements ou modifications nécessaires. Toute entreprise souhaitant faire approuver un grand projet susceptible de nécessiter une évaluation d'impact doit connaître les exigences et les délais associés à l'approbation.

Le Canada s'efforce de rationaliser le processus d'approbation des projets en appliquant le principe « un projet, une évaluation », selon lequel les grands projets n'auraient à faire l'objet que d'une seule évaluation d'impact fédérale ou provinciale. La rationalisation du processus d'approbation des projets contribuera à attirer les investisseurs dans les

grands projets canadiens en permettant à ces projets d'être réalisés plus rapidement tout en demeurant conformes aux objectifs canadiens en matière de développement durable.

**POUR EN SAVOIR PLUS,
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC LA PERSONNE SUIVANTE :**

Una Radoja

uradoja@mccarthy.ca

604-643-7187

RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

L'appareil judiciaire au Canada	213
Recours collectifs	214
Règlement extrajudiciaire des différends	215
Administration de la preuve électronique	216

Par Kosta Kalogiros



RÈGLEMENT DES DIFFÉREND

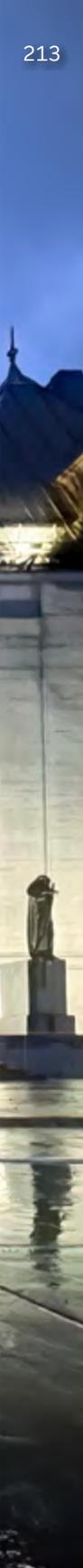
L'appareil judiciaire au Canada

Selon la *Loi constitutionnelle de 1867*, le pouvoir judiciaire est distinct et indépendant des deux autres pouvoirs du gouvernement, soit l'exécutif et le législatif. L'indépendance de la magistrature est une pierre angulaire du système judiciaire canadien. Les juges rendent des décisions libres de toute influence et fondées uniquement sur les faits et le droit. On retrouve au Canada des cours provinciales de première instance, des cours supérieures provinciales, des cours d'appel provinciales, des cours fédérales et une cour suprême. Les juges sont nommés par le gouvernement fédéral ou les gouvernements provinciaux ou territoriaux, selon l'échelon du système judiciaire.

Chacune des provinces et chacun des territoires du Canada, à l'exception du Nunavut, disposent d'une cour provinciale ou territoriale. Ces cours sont principalement saisies d'affaires concernant des infractions criminelles, le droit de la famille (sauf le divorce), des infractions au code de la route et des infractions à des règlements provinciaux ou territoriaux. Les différends privés se rapportant à des montants d'argent limités sont réglés par les divisions des petites créances des tribunaux provinciaux. Les plafonds monétaires établis pour la division des petites créances varient d'une province à l'autre (p. ex., ce plafond est établi à 35 000 \$ CA en Colombie-Britannique, à 50 000 \$ CA en Alberta et à 35 000 \$ CA en Ontario).

Les cours supérieures de chaque province et de chaque territoire jugent les affaires criminelles les plus graves, ainsi que les litiges privés qui dépassent le plafond monétaire établi pour les divisions des petites créances des tribunaux provinciaux. Même si les cours supérieures sont administrées par les provinces et les territoires, leurs juges sont nommés et rémunérés par le gouvernement fédéral.

Dans la région de Toronto, en Ontario, la Cour supérieure de justice tient un rôle des affaires commerciales. Établi en 1991, les juges du rôle des affaires commerciales entendent certaines demandes et instruisent certaines requêtes portant sur une vaste gamme de différends d'ordre commercial dans la région de Toronto. Le rôle des affaires commerciales fait office de tribunal de commerce spécialisé qui entend des causes



portant sur les différends opposant des actionnaires, les litiges en matière de valeurs mobilières, les réorganisations d'entreprises, les mises sous séquestre et d'autres litiges commerciaux. Les instances figurant au rôle des affaires commerciales font l'objet d'une gestion particulière et d'autres procédures visant à accélérer l'audition et le règlement d'instances commerciales complexes. En outre, les juges qui siègent au rôle des affaires commerciales sont des juges chevronnés dans le domaine des affaires et de l'insolvabilité.

Chaque province et chaque territoire possèdent une cour d'appel qui instruit les appels de décisions rendues par les cours supérieures et les cours provinciales et territoriales. L'Ontario a également une Cour divisionnaire qui sert de tribunal de première instance pour la révision des poursuites administratives. Elle instruit également des appels des tribunaux administratifs provinciaux, des décisions interlocutoires des juges de la Cour supérieure et des appels de la Cour supérieure qui ont trait à des montants d'argent limités (actuellement de 50 000 \$ CA ou moins).

La Cour fédérale du Canada a une compétence limitée. Sa compétence englobe notamment les différends interprovinciaux et fédéraux-provinciaux, les poursuites relatives à la propriété intellectuelle, les appels en matière de citoyenneté, les affaires relevant de la *Loi sur la concurrence* et les affaires mettant en cause des sociétés d'État, des ministères ou le gouvernement du Canada. La Cour fédérale tient des audiences sur les décisions en première instance. La Cour d'appel fédérale statue sur les appels.

La Cour suprême du Canada est le tribunal d'appel de dernière instance par rapport à toutes les autres cours du Canada. Elle statue sur des appels de décisions rendues par des cours d'appel de chaque province et par la Cour d'appel fédérale. La Cour suprême du Canada a compétence sur des litiges relevant de tous les domaines du droit, notamment le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit criminel et le droit privé. Certaines procédures criminelles comportent un droit d'appel, mais, dans la plupart des cas, une autorisation doit d'abord être obtenue. L'autorisation d'interjeter appel devant la Cour suprême du Canada peut être accordée dans des causes visant une question d'intérêt public ou une question de droit importante.

Recours collectifs

Les recours collectifs sont des mécanismes procéduraux qui visent à faciliter et à régler la revendication des droits collectifs. La plupart

des provinces canadiennes ont adopté des lois sur les recours collectifs. Dans les provinces qui ne disposent pas de telles lois, les recours collectifs peuvent être intentés sous le régime de la common law.

Au Canada, les lois sur les recours collectifs s'inspirent étroitement de la règle 23 des *Règles de procédure civile* de la Cour fédérale des États-Unis (*United States Federal Court Rules of Civil Procedure*) qui, avec ses équivalents des lois des divers États, régit les recours collectifs aux États-Unis. Contrairement aux actions ordinaires, une instance introduite au nom d'un groupe de personnes ne peut être instruite en tant que recours collectif que si elle est approuvée ou « attestée » par un tribunal judiciaire. Il est généralement plus facile d'obtenir une attestation au Canada qu'aux États-Unis.

Au Canada, les cibles habituelles des recours collectifs comprennent des fabricants de produits, des assureurs, des employeurs, des sociétés de placement et de services financiers et des gouvernements. Les recours collectifs peuvent porter sur des allégations faisant intervenir la responsabilité du fait des produits, des déclarations fausses ou trompeuses, des violations des lois sur l'emploi et la protection du consommateur, des violations des lois sur la concurrence (par exemple, lois antitrust), des fraudes en valeurs mobilières et des infractions en matière de droit public.

Les recours collectifs sont devenus un élément de plus en plus important des litiges commerciaux au Canada. Les entreprises peuvent bénéficier du fait que les sommes accordées en dommages-intérêts dans une affaire particulière sont généralement moins élevées au Canada qu'aux États-Unis. De plus, la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts punitifs au Canada est limitée.

Règlement extrajudiciaire des différends

On désigne par règlement extrajudiciaire des différends (RED) les diverses méthodes employées pour régler des différends hors cour. Ces méthodes incluent la médiation (où une tierce partie indépendante est appelée à régler un différend par la médiation) et l'arbitrage (où le différend est soumis à une tierce partie qui rendra une décision exécutoire).

En Ontario, les *Règles de procédure civile* imposent et réglementent la médiation dans les actions civiles intentées à Toronto, à Windsor et à Ottawa. La médiation est courante dans d'autres régions de l'Ontario,

et les parties à un différend acceptent souvent une médiation non exécutoire en choisissant ensemble un médiateur. Il est possible de recourir à l'arbitrage de façon ponctuelle selon une structure prévue par l'autorité régionale ou en vertu des dispositions légales locales.

On peut également avoir recours à l'arbitrage en vertu des pouvoirs d'administration et de supervision de l'un des organismes d'arbitrage internationaux reconnus, comme la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale à Paris, la Cour d'arbitrage international de Londres ou l'American Arbitration Association. Ces organismes ne rendent pas eux-mêmes de décisions arbitrales, mais ils assument un rôle de neutralité et fournissent un régime de règles de procédure reconnues mondialement.

La confidentialité des instances en arbitrage constitue un avantage de l'arbitrage comparativement aux instances devant l'un des tribunaux nationaux. Le processus d'arbitrage est habituellement privé; les audiences ne sont pas publiques et les transcriptions de la procédure ne sont généralement pas mises à la disposition du public. De plus, le processus d'arbitrage peut être plus rapide que l'appareil judiciaire, et on ne peut généralement pas interjeter appel d'une décision arbitrale, ce qui peut accélérer la résolution des différends.

Administration de la preuve électronique

La communication et la production de renseignements conservés sur support électronique, communément appelées l'administration de la preuve électronique, constituent désormais un processus standard pour les parties à un litige dans presque toutes les instances, partout au Canada. Un comité national a rédigé les Principes de Sedona Canada en 2008 afin d'établir des lignes directrices nationales en matière d'administration de la preuve électronique. Ces lignes directrices sont reconnues comme étant compatibles avec les règles de procédure de chaque territoire ou province du Canada. La troisième édition des Principes de Sedona Canada, la plus récente, a été publiée en 2022, afin de tenir compte de l'ubiquité de l'administration de la preuve électronique et de la prolifération de nouvelles technologies et de nouveaux types de données.

En Ontario, depuis 2010, les parties sont tenues de formuler un plan d'enquête préalable visant tous les aspects du processus d'enquête préalable, y compris l'échange de documents électroniques, et d'y adhérer.

Les parties sont formellement tenues de consulter et de prendre en compte les Principes de Sedona Canada au moment de préparer leur plan d'enquête préalable. Les principes suivants font partie des recommandations les plus importantes de Sedona Canada :

- **Préservation.** Dès qu'il est raisonnable d'anticiper une poursuite, les parties doivent envisager leur obligation de prendre de bonne foi des mesures raisonnables pour préserver l'information sur support électronique potentiellement pertinente.
- **Coopération.** Les parties doivent coopérer pour l'élaboration d'un plan commun d'enquête préalable dans le but de traiter tous les aspects de la communication préalable et doivent continuer à coopérer tout au long du processus d'enquête préalable, y compris pour l'identification, la préservation, la collecte, le traitement, l'examen et la production de renseignements stockés électroniquement.
- **Proportionnalité.** Dans le cadre de toute poursuite, les parties devraient s'assurer que les étapes suivies dans le cadre du processus d'administration de la preuve électronique sont proportionnelles à la nature de l'instance et à l'importance de la preuve électronique dans cette instance.

POUR EN SAVOIR PLUS,

VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC LA PERSONNE SUIVANTE :

Kosta Kalogiros

kkalogiros@mccarthy.ca

416-601-7861

DROIT DE LA FAILLITE ET DE LA RESTRUCTURATION

Introduction	219
<i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI)</i>	219
Proposition en vertu de la LFI	222
<i>Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (LACC)</i>	224

Par Jamey Gage



DROIT DE LA FAILLITE ET DE LA RESTRUCTURATION

Introduction

Au Canada, les procédures d'insolvabilité peuvent prendre plusieurs formes différentes. Toutefois, lorsqu'une société devient insolvable, deux options sont généralement disponibles : i) restructurer les activités de la société, soit par le biais d'un compromis sur son passif, soit par une vente en vue de la continuité d'activité, ou ii) liquider les actifs de la société au profit de ses créanciers.

En vertu du droit constitutionnel canadien, le gouvernement fédéral exerce un contrôle législatif exclusif sur les questions de faillite et d'insolvabilité, et plusieurs régimes législatifs existent pour tenter des procédures de restructuration ou de liquidation d'une société. La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI) et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (LACC) sont les deux lois fédérales les plus couramment invoquées à ces fins. La LFI prévoit à la fois des restructurations (au moyen des propositions faites aux termes de la LFI) et des liquidations (au moyen des faillites) d'entreprises insolvable, tandis que la LACC est utilisée principalement dans le cadre de restructuration d'entreprises plus complexes, bien qu'elle puisse également être utilisée pour effectuer une liquidation.

LORSQU'UNE SOCIÉTÉ DEVIENT INSOLVABLE, DEUX OPTIONS SONT GÉNÉRALEMENT DISPONIBLES : I) VENDRE EN TANT QU'ENTREPRISE EN EXPLOITATION OU LIQUIDER LES ACTIFS DE LA SOCIÉTÉ AU PROFIT DE SES CRÉANCIERS, OU II) RESTRUCTURER LES ACTIVITÉS DE LA SOCIÉTÉ.

Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI)

Droit de la faillite

Le terme « faillite » désigne une procédure formelle prévue par la LFI qui permet à un syndic autorisé en insolvabilité de liquider les actifs d'un débiteur, de déterminer les réclamations des créanciers et de distribuer le produit de la liquidation à ces derniers. Une faillite peut être volontaire ou involontaire, et peut concerner toute personne insolvable ayant une activité, des actifs ou qui fait affaire au Canada, à l'exception des banques, des sociétés d'assurance et des sociétés de fiducie ou de prêt,

pour lesquelles il existe d'autres lois fédérales sur l'insolvabilité (p. ex. la *Loi sur les liquidations et les restructurations*).

Faillite volontaire

En vertu de la LFI, une faillite volontaire commence lorsqu'un débiteur dépose une cession en faillite auprès du Bureau du surintendant des faillites (BSF).

Faillite involontaire

En vertu de la LFI, une faillite involontaire commence lorsqu'un créancier ayant une créance d'au moins 1 000 \$ CA dépose auprès du tribunal une ordonnance de faillite à l'encontre du débiteur. Cette procédure est engagée au nom de tous les créanciers, même si un seul créancier peut faire la demande. Pour obtenir une ordonnance de faillite, le créancier doit prouver, selon la prépondérance des probabilités, que le débiteur lui doit au moins 1 000 \$ CA sans garantie, et que ce dernier a commis un « acte de faillite » au cours des six mois précédant le dépôt de la demande. L'acte de faillite le plus couramment reproché est celui d'un débiteur qui ne parvient pas à honorer ses obligations à échéance.

En plus d'être mis en faillite suite à une ordonnance du tribunal rendue à la demande d'un créancier, un débiteur peut également être mis en faillite en vertu de la LFI si sa proposition (présentée ci-dessous) est rejetée par ses créanciers non garantis ou n'est pas approuvée par le tribunal. La proposition peut également échouer et entraîner la faillite du débiteur, si ce dernier ne respecte pas les modalités de la proposition, ou s'il ne remplit pas ses obligations en vertu de la LFI.

Syndic de faillite et son rôle

Que la faillite soit volontaire ou involontaire, l'effet est le même : les actifs du débiteur sont automatiquement dévolus au syndic de faillite, sous réserve des droits des créanciers garantis, des demandeurs au titre de la fiducie et des fournisseurs devant être payés dans les 30 jours. Un syndic de faillite doit être un syndic autorisé en insolvabilité (SAI), c'est-à-dire un professionnel de l'insolvabilité ou un cabinet auquel le BSF a accordé une licence.

Le syndic accomplit de nombreuses tâches, dont la plus importante est de liquider les actifs du débiteur au profit de ses créanciers. En outre, le syndic doit également administrer les réclamations déposées à l'égard des biens de la faillite conformément aux dispositions pertinentes de la LFI. S'il y a lieu, le syndic peut également enquêter sur les affaires du

débiteur, afin de déterminer s'il a effectué des transferts frauduleux, des préférences, des transferts sous-évalués ou des dividendes illégaux avant la faillite.

Les créanciers se réunissent généralement peu de temps après la faillite du débiteur, et ont le droit de nommer un groupe de cinq personnes au maximum, appelées « inspecteurs » pour travailler avec le syndic et le superviser. Avec l'approbation des inspecteurs, le syndic peut vendre les actifs du débiteur.

Une société ne peut être libérée de la faillite, que lorsque toutes les réclamations justifiées à son encontre ont été réglées, ce qui peut se produire par un paiement intégral ou conformément à une proposition en vertu de la LFI qui a été acceptée.

Suspension des procédures

Dès l'ouverture de la procédure de faillite du débiteur, les créanciers non garantis bénéficient automatiquement de la suspension des procédures, ce qui évite qu'ils ne fassent valoir leurs droits à l'encontre du débiteur ou de ses biens. Cependant, la suspension n'affecte pas les créanciers garantis, qui sont généralement libres d'exécuter leur sûreté en dehors de la procédure de faillite, sauf ordonnance contraire du tribunal (ce qui est extrêmement rare).

Restructuration : Proposition en vertu de la LFI et ventes en vue de la continuité d'activité

Les dispositions relatives aux restructurations contenues dans la LFI (comparativement à la LACC) sont le plus souvent utilisées pour les petites entreprises moins complexes. Cela signifie que les petites et moyennes entreprises ont tendance à utiliser la procédure de la LFI plutôt que celle de la LACC (dont il est question ci-dessous), afin de restructurer leurs obligations envers les créanciers ou de procéder à une vente en vue de la continuité d'activité. Pour effectuer une telle restructuration, le débiteur dépose une proposition (p. ex. son plan de restructuration) ou un avis d'intention de faire une proposition.

Lorsque le débiteur dépose l'avis d'intention ou la proposition elle-même, la LFI impose une suspension des procédures afin d'empêcher les créanciers d'exercer leurs recours contre les biens du débiteur, ou de continuer les poursuites judiciaires visant à recouvrer les créances pouvant être prouvées dans le cadre d'une faillite. Les termes spécifiques de la suspension sont énoncés dans la LFI. Les dispositions des conventions

de garantie établissant que le débiteur cesse d'avoir le droit d'utiliser les biens donnés en garantie en cas d'insolvabilité ou de dépôt d'un avis d'intention sont sans effet. La LFI prévoit en outre qu'au dépôt d'un avis d'intention ou d'une proposition, personne ne peut résilier ou modifier tout accord avec la personne insolvable ni réclamer un paiement accéléré en vertu d'un accord avec la personne insolvable uniquement parce que la personne est insolvable ou qu'elle a déposé un avis d'intention ou une proposition. Le tribunal peut lever la suspension d'une restructuration aux termes de la LFI si le créancier est en mesure de démontrer que la suspension lui causera un « préjudice important », ou lorsque l'équité le justifie pour d'autres motifs.

Il est plus habituel pour un débiteur d'entamer la procédure en déposant un avis d'intention plutôt qu'en déposant immédiatement une proposition. Si le débiteur dépose un avis d'intention, une copie du consentement écrit accordé par un SAI, et acceptant d'agir à titre de syndic dans le cadre de la procédure de proposition, doit être jointe à l'avis d'intention. Si un avis d'intention est déposé, le débiteur doit produire des états de l'évolution de la situation financière de son entreprise dans un délai de 10 jours, et doit déposer sa proposition dans un délai de 30 jours (sauf si le délai est prolongé). Le tribunal peut prolonger le délai pour le dépôt d'une proposition pour un maximum de cinq mois supplémentaires, mais il ne peut accorder que des prolongations pour une durée maximale de 45 jours à la fois.

Pendant la procédure, le débiteur poursuit ses affaires courantes, sous le contrôle du syndic agissant dans le cadre de la proposition et sous la supervision du tribunal.

Proposition en vertu de la LFI

Au cours de la procédure de proposition fondée sur la LFI, le débiteur peut présenter une proposition à ses créanciers. La LFI exige certaines conditions dans la proposition pour que le tribunal l'approuve, notamment : i) le paiement des réclamations privilégiées (comme certains types de réclamations concernant les membres du personnel) en priorité sur les réclamations des créanciers chirographaires; ii) le paiement de tous les honoraires et de toutes les dépenses convenables du syndic se rapportant à la proposition concernant les procédures; iii) le paiement de certaines remises d'impôts, telles que les retenues à la source des membres du personnel, dans un délai de six mois à compter de l'approbation de la proposition; et iv) le paiement au syndic

agissant dans le cadre de la proposition de toute contrepartie payable en vertu de la proposition, en vue de sa distribution aux créanciers.

Le débiteur doit généralement faire une proposition aux créanciers non garantis, soit en prévoyant le regroupement de tous les créanciers non garantis dans une même catégorie, soit en précisant diverses catégories de créanciers non garantis. Une proposition peut aussi être faite aux créanciers garantis à l'égard de toute catégorie de créances garanties. Une proposition qui prévoit le paiement des réclamations relatives aux capitaux propres ne peut pas être approuvée par le tribunal, à moins qu'elle ne prévoit le paiement intégral de toutes les réclamations qui ne sont pas relatives aux capitaux propres.

Une proposition est réputée acceptée par les créanciers si toutes les catégories de créanciers non garantis votent en faveur de l'acceptation de la proposition à « double majorité » — c'est-à-dire une majorité en nombre de créanciers non garantis détenant au moins les deux tiers de la valeur des créances dans chaque catégorie (autres que les réclamations relatives aux capitaux propres). Les parties liées au débiteur ne peuvent pas voter en faveur de la proposition. En pratique, la proposition ne s'adresse habituellement qu'aux créanciers non garantis. Les créanciers garantis font généralement l'objet de négociations individuelles, puisqu'il doit y avoir une homogénéité d'intérêts entre les créanciers regroupés en catégorie, et que ces derniers sont rarement nombreux à pouvoir être regroupés sur cette base. Par conséquent, il est souvent peu utile en pratique de traiter les créances garanties dans le cadre de la proposition.

Si les créanciers approuvent la proposition, elle doit alors être approuvée par le tribunal. Au moment de décider d'approuver ou non la proposition, le tribunal doit être convaincu, entre autres choses, que la proposition est raisonnable, calculée au profit des créanciers et qu'elle satisfait aux exigences techniques de la LFI. Si une proposition en vertu de la LFI n'est pas approuvée par la « double majorité » requise des créanciers non garantis ou n'est pas approuvée par le tribunal, le débiteur est automatiquement placé en faillite.

Enfin, si, après avoir reçu l'approbation du tribunal à l'égard de sa proposition, le débiteur manque à ses obligations en vertu de la proposition, le tribunal peut annuler la proposition, ce qui entraîne alors une faillite automatique du débiteur.

Vente en vue de la continuité d'activité selon la LFI

Au lieu de déposer une proposition et de rechercher l'accord des créanciers pour qu'ils transigent sur leurs réclamations, le débiteur peut procéder à une vente en vue de la continuité d'activité. Le processus de vente est effectué en parallèle avec le processus de restructuration dans le but de maximiser la valeur pour les parties intéressées. Dans de telles circonstances, l'approbation de la vente doit être demandée au tribunal sous remise d'un avis aux créanciers garantis touchés, entre autres, dans le cadre d'un processus semblable à celui d'une vente sous séquestre par un tribunal.

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (LACC)

La LACC est le plus souvent utilisée pour restructurer les entreprises de grande envergure et plus complexes. Par conséquent, la LACC est souvent la loi privilégiée pour les grandes entreprises qui cherchent à se restructurer ou à réaliser une vente en vue de la continuité d'activité.

Pour pouvoir bénéficier d'un allègement en vertu de la LACC, le débiteur doit être une « compagnie » (au sens de la LACC), avoir des dettes impayées d'au moins cinq millions de dollars canadiens et être insolvable, en faillite ou avoir commis un « acte de faillite » en vertu de la LFI.

Demande initiale

Une procédure en vertu de la LACC est généralement engagée par une compagnie débitrice, qui dépose une demande initiale auprès du tribunal pour obtenir une ordonnance (appelée l'« ordonnance initiale »), imposant une suspension des procédures à l'égard des créanciers (c'est-à-dire un gel du remboursement des dettes) et autorisant la compagnie à préparer un plan d'arrangement pour transiger sur sa dette avec une partie ou l'ensemble de ses créanciers. Les documents présentés au tribunal dans le cadre d'une demande initiale comprennent : i) une prévision de trésorerie du débiteur; ii) les états financiers récents du débiteur; iii) un projet de modèle de l'ordonnance initiale; et iv) un affidavit rédigé par la compagnie décrivant son historique, ses difficultés financières et les raisons pour lesquelles elle demande la protection d'une ordonnance du tribunal en vertu de la LACC.

Après avoir examiné les documents et entendu les arguments des avocats, le juge présidant l'audience exercera son pouvoir discrétionnaire pour décider s'il y a lieu de rendre une ordonnance initiale et, dans l'affirmative, à quelles conditions. Le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire

important, et donc d'une certaine souplesse, en ce qui concerne l'étendue de la suspension des procédures et les autres modalités prévues dans l'ordonnance initiale, étant donné que la LACC ne prévoit pas de dispositions particulières pour ce type de conditions. Habituellement, l'ordonnance initiale est rendue sous la forme demandée par la compagnie, les créanciers et autres parties intéressées ne contribuant que peu ou pas. Dans la plupart des provinces et territoires, une ordonnance ou un formulaire a été adopté comme modèle pour les ordonnances initiales relevant de leur compétence afin d'assurer une plus grande uniformité des procédures en vertu de la LACC. Certains allègements ne peuvent être accordés qu'après avoir adressé un avis aux créanciers garantis susceptibles d'être touchés (par exemple, un préfinancement) et, en tout état de cause, les parties touchées ont le droit de demander au tribunal de modifier l'ordonnance initiale une fois qu'elle a été rendue.

LORSQU'UN PLAN D'ARRANGEMENT EST PRÉPARÉ SOUS LE RÉGIME DE LA LACC, IL DIVISE HABITUELLEMENT LES CRÉANCIERS EN DIFFÉRENTES CATÉGORIES ET PRÉVOIT LE TRAITEMENT DE CHAQUE CATÉGORIE.

En règle générale, l'ordonnance initiale a les effets suivants :

- elle autorise la compagnie à préparer un plan d'arrangement à présenter à ses créanciers;
- elle autorise la compagnie à rester en possession de ses éléments d'actif et à poursuivre ses activités conformément à la préservation de ses actifs et de ses activités;
- elle interdit à la compagnie d'effectuer des paiements à l'égard de dettes passées (autres que toute exception particulière permise par le tribunal, comme les montants dus aux membres du personnel) et impose une suspension des procédures par les créanciers garantis et non garantis : i) empêchant les créanciers et les fournisseurs d'intenter des recours pour recouvrer les dettes et sommes dues à la date de dépôt; et ii) interdisant aux contreparties de résilier la plupart des types de contrats;
- elle nomme un contrôleur (qui doit être un SAI pour contrôler les affaires et la situation économique de la compagnie au cours de la procédure. En tant que fonctionnaire judiciaire, le contrôleur doit faire en sorte que tous les intervenants y trouvent leur compte, et il doit établir un rapport sur l'avancement de la réorganisation du débiteur, le cas échéant;

- elle autorise la compagnie, au besoin, à obtenir un préfinancement pour s'assurer qu'elle peut financer ses activités pendant la procédure, y compris en fixant des limites en ce qui a trait au financement total et à la priorité de la sûreté (habituellement appelé le « financement DIP »); et
- elle autorise la compagnie à résilier les contrats, les baux et les autres ententes qui lui sont défavorables, sous réserve de certaines exceptions restreintes.

La LACC prévoit qu'une ordonnance initiale ne peut imposer une suspension des procédures que pour une période maximale de 10 jours. La compétence du tribunal pour offrir une voie de recours en vertu d'une ordonnance initiale pendant cette période est également limitée à ce qui est « normalement nécessaire à la continuation de l'exploitation de la compagnie débitrice dans le cours ordinaire de ses affaires ». Une fois qu'une ordonnance initiale a été rendue, la compagnie peut demander une nouvelle ordonnance prolongeant la suspension des procédures. L'idée est de maintenir la suspension des procédures jusqu'à ce que le plan d'arrangement de la compagnie ait été présenté aux créanciers et approuvé par le tribunal, ou qu'une vente ait été mise en œuvre. Dans le cas d'une demande de prorogation, le demandeur doit convaincre le tribunal que : i) il a agi de bonne foi et avec toute la diligence raisonnable; et que ii) les circonstances restent appropriées pour la continuation de la procédure en vertu de la LACC.

De manière générale, la durée des procédures en vertu de la LACC varie habituellement entre six et dix-huit mois à compter du début des procédures jusqu'à la mise en œuvre d'un plan d'arrangement. Toutefois, les procédures peuvent être plus rapides si les modalités du plan d'arrangement ont déjà été élaborées avant le dépôt. Le tribunal peut mettre fin aux procédures en vertu de la LACC, à la demande d'une partie intéressée, s'il estime qu'il est peu probable qu'un arrangement à l'amiable soit conclu, ou que la continuation de la procédure n'est pas appropriée pour d'autres motifs. Toutefois, ces ordonnances sont rares, au moins au premier stade de la restructuration.

Le 1^{er} novembre 2019, la LACC a été modifiée pour inclure une obligation expresse de bonne foi pour toute « personne intéressée » dans une procédure en vertu de la LACC. Si le tribunal estime qu'un intéressé n'a pas agi de bonne foi, il dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour rendre toute ordonnance considérée comme appropriée aux circonstances.

Plan d'arrangement

Un plan d'arrangement est le plan de restructuration proposé par une compagnie à ses créanciers. Lorsqu'un plan d'arrangement est élaboré en vertu de la LACC, il divise habituellement les créanciers en différentes catégories et prévoit pour chacune d'entre elles le traitement de leurs réclamations antérieures (le traitement pouvant différer pour chaque catégorie). La classification des créanciers doit être approuvée par le tribunal avant toute réunion des créanciers relativement au plan. À cet égard, le principe juridique de base énoncé dans la LACC et appliqué par les tribunaux dans le cadre de l'examen des questions de classification consiste à déterminer s'il existe un point d'intérêt commun entre les créanciers de la catégorie.

Pour qu'un plan d'arrangement soit approuvé par les créanciers concernés, une majorité en nombre de créanciers, représentant les deux tiers de la valeur des réclamations de chaque catégorie (autres que les réclamations relatives aux capitaux propres), qui est présente et qui vote (en personne ou par procuration) lors des assemblées des créanciers, doit voter en faveur du plan d'arrangement. Les parties liées à la compagnie ne peuvent pas voter en faveur du plan d'arrangement. Si les créanciers approuvent le plan, celui-ci doit alors être approuvé par le tribunal. Pour ce faire, le tribunal doit déterminer que le plan d'arrangement est « juste et raisonnable ». Dès la mise en œuvre du plan après son approbation par les créanciers et le tribunal, celui-ci lie tous les créanciers de chaque catégorie visée par le plan. En règle générale, le plan prévoit la libération de la compagnie débitrice des réclamations des créanciers concernés.

Le tribunal ne peut pas approuver un plan s'il ne prévoit pas le paiement intégral de certaines réclamations de la Couronne et de certaines obligations à l'égard des membres du personnel et des régimes de retraite, ou s'il ne subordonne pas, réellement, les « réclamations relatives aux capitaux propres » aux réclamations des créanciers. Dans certains cas, un plan peut inclure des libérations en faveur de tiers non débiteurs.

De plus, si une restructuration de la dette implique une réorganisation du capital-actions d'une compagnie, il est possible de réorganiser le capital-actions de la compagnie au moyen de l'ordonnance d'approbation du tribunal en vertu de la LACC, sans obtenir le vote des actionnaires. Ces dernières années, cette méthode a été utilisée afin d'épuiser le capital-actions existant, et émettre de nouvelles actions aux créanciers en

règlement de leurs réclamations, ou à un nouvel investisseur en capital (dont l'investissement peut financer des distributions aux créanciers).

Si un plan en vertu de la LACC n'est pas approuvé par la « double majorité » des créanciers requise, le débiteur n'est pas automatiquement mis en faillite. En règle générale, ce qui peut conduire à la faillite du débiteur est le refus du tribunal de prolonger la protection contre les créanciers, ou la décision de mettre fin à la procédure contre la compagnie débitrice, permettant ainsi aux créanciers d'exercer les recours prévus par la loi à l'encontre de la compagnie débitrice. Si une vente d'actifs a lieu sans que la LACC soit proposée, il convient d'examiner les avantages de la mise en place d'un plan (en principe, pour distribuer le produit de la vente) plutôt que de mettre fin à la procédure d'insolvabilité, par exemple, en entamant une procédure de liquidation pour cause de faillite.

Ventes d'actifs

Pendant la procédure de la LACC, la compagnie débitrice continue généralement à exercer ses affaires courantes. Elle peut continuer à céder des actifs dans le cours normal de ses affaires sans ordonnance du tribunal. Cependant, les opérations importantes qui sortent du cadre normal des affaires du débiteur nécessitent généralement l'approbation du tribunal.

La LACC peut permettre la vente de certains actifs de la compagnie ou la cession totale de l'activité en cours, en lieu et place d'une restructuration par le biais d'un plan d'arrangement. Le processus de vente est effectué en parallèle avec le processus de restructuration dans le but de maximiser la valeur pour les parties intéressées. Dans de telles circonstances, l'approbation de la vente doit être demandée au tribunal sous remise d'un avis aux créanciers garantis touchés, entre autres, dans le cadre d'un processus semblable à celui d'une vente sous séquestre par un tribunal.

**POUR EN SAVOIR PLUS,
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC LA PERSONNE SUIVANTE :**

Jamey Gage

jgage@mccarthy.ca

416-601-7539

RELATIONS AVEC LES GOUVERNEMENTS

Par Awi Sinha, Adam Goldenberg et Amanda Iaruso



RELATIONS AVEC LES GOUVERNEMENTS

Au Canada, les pouvoirs législatifs sont divisés entre le Parlement (l'assemblée législative fédérale) et les assemblées législatives provinciales. Chacune des branches du gouvernement est fondée sur le régime parlementaire britannique, où le parti politique qui compte le plus grand nombre de membres élus au Parlement ou à l'Assemblée législative provinciale forme généralement le gouvernement. Voir la section [Canada](#).

Habituellement, le parti qui forme le gouvernement fédéral ou provincial détient une majorité des sièges à l'assemblée législative fédérale ou provinciale, et gouverne par l'intermédiaire d'un Cabinet de « ministres » nommés. Cela tend à réduire l'influence relative des membres individuels de l'assemblée législative qui ont été élus, puisqu'il est rare que les membres du parti au pouvoir votent contre une initiative mise de l'avant par le gouvernement. Toutefois, le Canada a vu se succéder, au niveau fédéral, une série de « gouvernements minoritaires » de 2004 à 2011 où le parti au pouvoir détenait plus de sièges que tout autre parti, mais ne détenait pas la majorité des sièges. Par conséquent, l'influence relative des membres du Parlement (ou députés) a augmenté durant cette période. Après une succession de « gouvernements majoritaires » élus de 2011 à 2019, les deux dernières élections fédérales (en 2019 et 2021) ont donné lieu à des gouvernements minoritaires.

Il n'y a pas encore eu de gouvernement formé à travers une coalition entre deux ou plusieurs partis au niveau fédéral au Canada, bien que cette tactique ait fait l'objet de plus amples discussions entre les partis politiques fédéraux au cours des dernières années. En mars 2022, le Parti libéral au pouvoir, qui détenait une minorité de sièges au Parlement fédéral, a conclu une entente « de soutien et de confiance » avec le Nouveau Parti démocratique, un parti de l'opposition. Ces deux partis ont accepté de coopérer sur des priorités essentielles et de maintenir le gouvernement libéral au pouvoir jusqu'en juin 2025, bien que l'entente ne soit pas exécutoire. Ainsi, rien n'empêche les néo-démocrates de se retirer de l'entente et de soutenir un vote de censure à l'égard du gouvernement libéral, ce qui (en cas de succès) obligerait le gouvernement à démissionner et précipiterait la tenue d'élections anticipées. Au cours des dernières décennies, un certain nombre de provinces ont été gouvernées en vertu d'accords similaires entre les partis.



En raison du rôle important que jouent le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux dans l'économie canadienne, toutes les entreprises qui font affaire au Canada devraient envisager d'adopter une stratégie en matière de relations gouvernementales. Les sociétés peuvent également maintenir un dialogue avec les gouvernements à travers l'intermédiaire d'associations sectorielles. Ce dialogue peut être nécessaire pour les sociétés qui sont actives dans des secteurs hautement réglementés (comme les télécommunications, les produits pharmaceutiques, le transport et l'énergie), les sociétés qui peuvent être touchées de manière importante par les politiques gouvernementales (comme celle du secteur manufacturier et agricole), ou qui vendent des produits ou services aux gouvernements (comme les sociétés du secteur de la défense et des technologies de l'information).

Les relations avec les gouvernements, comprenant le lobbying, visent généralement les fonctionnaires, les ministres qui forment le conseil exécutif (c.-à-d. le Cabinet) de chaque province et du gouvernement fédéral et le personnel du cabinet de ces ministres, ainsi que les membres de l'assemblée législative du parti au pouvoir. Selon le cas, les entreprises peuvent chercher à influencer les membres des partis de l'opposition afin que des questions soient soulevées à l'assemblée législative ou à un comité législatif, ce qui peut être particulièrement important lorsqu'un gouvernement minoritaire est au pouvoir.

Les relations avec les gouvernements sont nécessaires lorsqu'une entreprise cherche à faire présenter un projet de loi, à le soutenir ou à s'y opposer ou encore lorsqu'elle souhaite la modification d'un règlement ou d'une politique. Des ministères et des intérêts régionaux ou politiques peuvent intervenir à l'égard d'un projet ou d'une modification; l'entreprise pourrait alors chercher à rencontrer tous les hauts fonctionnaires et les ministres responsables. À titre d'exemple, les entreprises qui exercent leurs activités dans le domaine du transport interprovincial le font dans un cadre réglementaire où interviennent les ministres provinciaux et fédéraux

**LES RELATIONS
AVEC LES
GOUVERNEMENTS
SONT NÉCESSAIRES
LORSQU'UNE
ENTREPRISE
CHERCHE À FAIRE
PRÉSENTER UN
PROJET DE LOI, À LE
SOUTENIR OU À S'Y
OPPOSER OU ENCORE
LORSQU'ELLE
SOUHAITE LA
MODIFICATION D'UN
RÈGLEMENT OU
D'UNE POLITIQUE.**

des Transports, de l'Industrie et du Commerce, ainsi que du Travail. De la même manière, le développement de projets hydroélectriques privés, par exemple, demande habituellement d'entrer en contact avec des ministères provinciaux de l'Énergie, des Terres et de l'Environnement, ainsi que les ministères fédéraux des Pêches et Océans et de l'Environnement. Il peut également être nécessaire de s'adresser au membre élu du parti politique au pouvoir qui est « politiquement responsable » d'une région donnée, étant donné qu'un projet ou une modification en particulier peut avoir une incidence différente sur chaque région.

Les relations avec les peuples autochtones et le régime canadien d'évaluation environnementale, nécessaires pour l'approbation des grands projets, constituent deux aspects également dignes d'intérêt en ce qui concerne les relations gouvernementales.

Le groupe de peuples autochtones appelé « Premières Nations » (les deux autres groupes étant les Métis et les Inuits) devra possiblement être consulté en cas de projets de grande envergure, car les Premières Nations peuvent revendiquer ou détenir des titres ou des droits ancestraux sur les terres concernées. Ces droits ne sont pas les mêmes partout au Canada et varient selon les différents développements historiques et juridiques. Quand une opération touche aux intérêts des Premières Nations, le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux doivent également être informés et consultés. Voir la section **Droit autochtone**.

Dans le domaine de l'évaluation environnementale, le Canada exige des évaluations environnementales complètes lorsque les projets concernant l'utilisation de terres atteignent un certain seuil de capital investi ou lorsqu'il s'agit de types de projets particuliers. Si le projet est de ressort fédéral (comme des pipelines interprovinciaux), les évaluations environnementales relèvent de la *Loi sur l'évaluation d'impact* (LEI). Mise en vigueur en 2019, la LEI crée un processus complet pour évaluer les effets des projets désignés par le gouvernement fédéral et pour déterminer si le projet désigné servirait l'intérêt public. Les objectifs déclarés de la LEI comprennent la prise en compte des facteurs environnementaux, sociaux, sanitaires et économiques. En contrepartie, généralement, si le projet ne vise qu'une seule province et n'est pas de compétence fédérale, seul le processus provincial d'évaluation environnementale s'applique. Dans certains cas, les deux régimes d'évaluation environnementale s'appliquent, à savoir le régime fédéral et le régime provincial. Un certain nombre de provinces, l'Alberta en tête,

ont contesté la constitutionnalité de la LEI, contestation qui a été portée devant la Cour suprême du Canada. Une décision est attendue à la fin de 2023 ou au début de 2024.

Il peut y avoir d'importantes différences sur le plan de la complexité et des délais entre le processus d'évaluation environnementale imposé par un gouvernement provincial particulier et celui imposé par le gouvernement fédéral. C'est pourquoi les entreprises qui examinent la possibilité d'effectuer des investissements qui dépassent le seuil à partir duquel une évaluation environnementale est exigée dans toute province ou tout territoire du Canada devraient chercher à établir assez tôt des relations positives avec les paliers de gouvernement appropriés, de sorte que leur demande d'évaluation environnementale éventuelle ne constituera pas une surprise et ne prêtera pas à la controverse. Voir la section **Réglementation environnementale**.

Pour faire des investissements au Canada, il faut savoir que, comparativement aux États-Unis, le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux sont beaucoup plus actifs dans la prestation de certains services comme les soins de santé, les services publics, les infrastructures, la radiodiffusion et la télédiffusion. Nous suggérons aux investisseurs de demander conseil au sujet des attitudes du gouvernement en ce qui a trait aux investissements dans ces secteurs et dans d'autres domaines avant d'aller plus loin dans leur projet, car la coordination et l'établissement de relations de coopération avec les gouvernements favoriseront un processus décisionnel beaucoup plus efficace. C'est également le cas des secteurs qui ont récemment connu des changements significatifs sur le plan de la réglementation. Il s'agit notamment des secteurs suivants : l'immobilier résidentiel où les investissements étrangers ont été de plus en plus restreints et réglementés dans le but de stabiliser le marché immobilier canadien (voir la section **Droit immobilier**); le cannabis qui a été légalisé au niveau fédéral en octobre 2018 et qui est fortement réglementé aux niveaux fédéral et provincial (voir la section **Droit du cannabis**); les minerais critiques, secteur où les entreprises étrangères qui procèdent à l'exploration et l'extraction minières et au traitement des minerais peuvent faire l'objet de contrôles réglementaires plus rigoureux (voir la section **Lois en matière d'investissements étrangers et sécurité nationale**).

Le lobbying est légal dans l'ensemble des provinces et territoires

canadiens, mais il est soumis à des exigences rigoureuses de présentation de rapports et à des lois sur l'enregistrement. La surveillance des activités de lobbying est une problématique politique particulièrement sensible au Canada depuis quelques années. Les entreprises doivent avoir conscience des attentes élevées auxquelles elles doivent répondre si elles se livrent à de telles activités.

Les codes de conduite régissent les agissements des titulaires de charge publique, et non ceux des personnes qui interagissent avec eux. De tels codes de conduite régissent les activités qu'un titulaire de charge publique peut exercer ainsi que les avantages qu'il peut accepter, le cas échéant. Par exemple, une entreprise devrait éviter de placer par inadvertance des titulaires de charge publique en position de conflit d'intérêts, ce qui pourrait empêcher ces derniers de participer à un dossier en particulier et attirer également une attention négative sur les relations de l'entreprise avec le gouvernement.

Des codes de conduite distincts régissent les lobbyistes et leurs interactions avec les titulaires de charge publique. Un code de conduite modifié pour les lobbyistes est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2023. Ce dernier crée de nouvelles exigences en matière de divulgation et révisé les limites imposées en ce qui concerne les cadeaux et les avantages. La nouvelle version du code utilise un langage plus général pour restreindre les circonstances dans lesquelles un lobbyiste inscrit peut faire du lobbying auprès d'un titulaire de charge publique, interdisant le lobbying auprès d'agents qui pourraient « raisonnablement avoir un sentiment d'obligation » envers le lobbyiste. Le nouveau code précise également que toutes ses interdictions et exigences s'étendent aux communications populaires.

Au Canada, les rapports entre les intervenants du secteur privé et les titulaires de charge publique sont généralement régis par les lois sur le lobbying. Ces lois prévoient que les entreprises et leurs employés peuvent être tenus de s'inscrire à l'égard de leurs activités en matière de relations gouvernementales auprès d'un registre central. Ce registre central peut être consulté par le public (habituellement sur Internet). Le régime législatif fédéral et les régimes législatifs provinciaux en matière de lobbying établissent une distinction entre les lobbyistes salariés (d'une entreprise ou d'une organisation) et les lobbyistes-conseils. Les entreprises et les organisations sont tenues de s'inscrire à l'égard de

leurs activités de lobbying interne lorsque leurs employés rémunérés consacrent collectivement une part importante de leur temps aux communications réglementées avec des titulaires de charge publique. Le seuil précis qui détermine la nécessité de s'inscrire varie selon la province ou le territoire et peut changer au fil du temps avec l'évolution de la législation.

L'inscription des lobbyistes est examinée de plus en plus près dans presque toutes les provinces et tous les territoires du Canada. Le Parlement du Canada et chaque assemblée législative provinciale ont adopté une loi sur le lobbying. Certaines villes, comme Toronto et Ottawa, possèdent également des règlements exigeant l'inscription des personnes qui font du lobbying auprès de politiciens municipaux ou d'employés du gouvernement. Les activités de lobbying dans d'autres villes, comme St John's, dans la province de Terre-Neuve-et-Labrador, et Montréal et Québec, dans la province de Québec, sont régies par des lois provinciales sur le lobbying.

Les types de communications qui peuvent nécessiter une inscription varient d'une province à l'autre. Généralement, ces communications comprennent : les communications avec des titulaires d'une charge publique (ce qui inclut non seulement les politiciens, mais aussi bon nombre d'employés gouvernementaux) concernant l'élaboration de propositions législatives; l'introduction, l'adoption, la modification ou le rejet de lois; l'élaboration ou la modification de politiques ou de programmes; l'octroi de subventions, de contributions ou d'autres avantages financiers; et, dans certains cas, l'octroi de contrats et l'organisation d'entretiens avec des titulaires d'une charge publique.

Contrairement aux États-Unis, à l'Australie et à d'autres pays, le Canada ne dispose pas d'un registre des agents étrangers. Toutefois, le gouvernement fédéral a lancé en mars 2023 des consultations publiques à ce sujet et devrait aller de l'avant avec la création d'un tel registre. Un registre de ce type exigerait probablement que les personnes ou entités agissant au nom d'un État étranger déclarent toute activité visant à influencer les politiques, les fonctionnaires ou les processus démocratiques du gouvernement canadien.

Une stratégie bien planifiée en matière de relations gouvernementales peut favoriser des relations productives et professionnelles avec les décideurs des gouvernements. Les représentants de l'industrie et

les titulaires de charge publique peuvent tirer parti de ces relations puisqu'elles garantissent que tous les faits pertinents à une décision du gouvernement sont exprimés, compris et pris en considération. Le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux du Canada font généralement de leur mieux pour mettre en œuvre des mesures transparentes et efficaces qui répondent aux besoins des entreprises. Toutefois, lorsqu'une entreprise s'adresse à des titulaires de charge publique, il est essentiel qu'elle connaisse et respecte les règles.

**POUR EN SAVOIR PLUS,
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC L'UNE DES PERSONNES SUIVANTES :**

Awanish Sinha

asinha@mccarthy.ca

416-601-8030

Amanda Iarusso

aiarusso@mccarthy.ca

416-601-7772

Adam Goldenberg

agoldenberg@mccarthy.ca

416-601-8357

MARCHÉS PUBLICS

Marchés publics du gouvernement fédéral	238
Marchés publics des gouvernements provinciaux et territoriaux	239
Marchés publics des administrations municipales	240
Accord économique et commercial global et Partenariat transpacifique	240
Approvisionnement en matière de défense et Programme des marchandises contrôlées	242
Formes de marchés publics	243
Le Régime d'intégrité	244
Contestation des offres et plaintes	247

Par John Boscaroli et Ljiljana Stanic

MARCHÉS PUBLICS

Chaque année, le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux et territoriaux ainsi que les administrations municipales au Canada achètent plus de 150 milliards de dollars canadiens de produits et services.

Marchés publics du gouvernement fédéral

Les marchés publics du gouvernement fédéral sont assujettis à l'*Accord sur les marchés publics de l'OMC (AMP-OMC)*, au chapitre 5 de l'*Accord de libre-échange canadien (ALEC)*, au chapitre 19 de l'*Accord économique et commercial global (AECG)* entre le Canada et l'Union européenne, au chapitre 19 de l'*Accord intérimaire de continuité commerciale (ACC)* entre le Canada et le Royaume-Uni et au chapitre 15 de l'*Accord de Partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP) [collectivement, les « accords commerciaux »]*. Les principales lois et politiques qui s'appliquent aux contrats fédéraux d'approvisionnement en produits et services comprennent la *Loi sur la gestion des finances publiques*, le *Règlement sur les marchés de l'État*, la *Directive sur la gestion de l'approvisionnement*, la *Loi sur le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux* et le Guide des clauses et conditions uniformisées d'achat (CCUA). Services publics et Approvisionnement Canada (SPAC) se charge de la plupart des achats des ministères responsables.

Ces engagements contraignent presque tous les ministères fédéraux et toutes les sociétés d'État. Bien que les accords commerciaux ne s'appliquent pas tous à chaque marché public, lorsqu'il y a chevauchement, l'accord le plus strict s'applique. Les fournisseurs canadiens sont protégés en vertu de tous les accords commerciaux qui s'appliquent à un marché particulier.

Notamment, l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM)*, qui a remplacé l'*Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)*, ne contient pas d'obligations en matière de marchés publics qui lient le Canada ou tout autre organisme gouvernemental infranational (et n'offre aucun avantage aux entités canadiennes exerçant des activités aux États-Unis ou au Mexique). Malgré que les fournisseurs provenant des États-Unis et du Mexique ne bénéficient plus des avantages supplémentaires ni du champ d'application de l'ancien chapitre sur les marchés publics de l'ALENA, ils jouissent toujours des protections prévues par l'AMP-OMC.

Les fournisseurs mexicains sont également visés par les obligations en matière de marchés publics du PTPGP.

Marchés publics des gouvernements provinciaux et territoriaux

Les pratiques d'appel d'offres et les attributions de marchés des gouvernements provinciaux et territoriaux (y compris les appels d'offres des sociétés d'État provinciales et des municipalités, des conseils scolaires, des établissements d'enseignement, de services sociaux et de santé financés par l'État (entités du secteur MESSS)) sont soumises à un certain nombre d'obligations dans le cadre d'accords commerciaux, mais pas tous. En particulier, ces gouvernements sont soumis à de nombreuses obligations dans le cadre de l'ALEC, de l'AECG et du PTPGP. Ces gouvernements sont également soumis à des obligations en vertu de l'AMP-OMC, bien que la portée de cet accord soit plus fortement restreinte et qu'il s'applique à un moins grand nombre de sociétés d'État et d'entités du secteur MESSS. Les provinces sont également assujetties à l'*Accord sur les marchés publics entre le Canada et les États-Unis* qui confirme les obligations des entités provinciales en vertu de l'AMP-OMC et prévoit certaines exemptions et protections pour les entités canadiennes qui répondent à des appels d'offres dans le cadre de marchés publics américains en vertu du *Recovery Act*.

Chaque province et territoire a sa propre législation en la matière variant à différents degrés en complexité et formalité. Par exemple, en Ontario, aux termes de la *Loi sur le ministère des Services gouvernementaux*, le gouvernement provincial doit suivre les politiques et directives établies par le Conseil de gestion du gouvernement à l'égard de marchés publics pour la construction, la rénovation ou la réparation d'un ouvrage public. Le ministère des Services gouvernementaux est chargé de l'élaboration de la politique-cadre en matière de marchés publics, notamment des lignes directrices, pour le gouvernement de l'Ontario. L'Ontario a récemment adopté une approche fondée sur un point d'approvisionnement unique pour la gestion de la chaîne d'approvisionnement provinciale en faisant appel à *ApprovisiOntario*.

Les politiques actuelles de l'Ontario en matière de marchés publics prévoient notamment un système électronique d'appel d'offres, un traitement sans préférence à l'égard des fournisseurs locaux et une politique régissant les conflits d'intérêts. L'Ontario a récemment adopté la *Loi de 2022 sur l'initiative favorisant l'essor des entreprises*

ontariennes qui, une fois entrée en vigueur (à une date à préciser), exigera des acheteurs du secteur public de l'Ontario qu'ils accordent une préférence aux entreprises ontariennes (telles qu'elles seront définies dans les règlements) lorsqu'ils mènent des processus d'approvisionnement en produits et services en dessous d'un montant seuil qui sera stipulé dans les règlements. Des consultations sont en cours concernant le projet de règlement d'application de cette loi. En outre, les processus d'approvisionnement menés par les entités du secteur parapublic, y compris les conseils scolaires et les hôpitaux, sont soumis aux exigences de la Directive en matière d'approvisionnement dans le secteur parapublic de l'Ontario qui comprend un Code d'éthique pour la gestion de la chaîne d'approvisionnement et 25 exigences obligatoires. L'une de ces exigences est le respect des engagements de l'Ontario en vertu des accords commerciaux.

Marchés publics des administrations municipales

Les processus de passation des marchés publics municipaux sont en général régis par la common law et codifiés dans les règlements administratifs, politiques en matière de marchés publics et procédures d'achat municipaux. Certaines lois provinciales, comme la *Loi sur les municipalités* de l'Ontario, obligent les municipalités à établir des politiques en matière d'achat de biens et services.

De plus, de nombreux marchés publics municipaux comportent des exigences créées par les engagements pris dans le cadre de divers accords commerciaux, notamment l'AECG et l'ALEC.

Accord économique et commercial global et Partenariat transpacifique

Le gouvernement canadien a mis en œuvre l'AECG qui ouvre sensiblement le marché de l'approvisionnement des gouvernements provinciaux, des administrations municipales et des services publics aux fournisseurs européens. Les fournisseurs canadiens, y compris les filiales ou sociétés affiliées d'entités étrangères, profitent de ce meilleur accès au marché. L'AECG prévoit des normes strictes régissant la conduite des appels d'offres et les attributions pour les marchés publics fédéraux, provinciaux et municipaux. Les principales obligations en matière de marchés publics communes à l'ensemble des accords commerciaux comprennent notamment l'interdiction d'exercer une discrimination fondée sur le pays ou la province d'origine, un processus d'appel d'offres ouvert et transparent et un processus d'approvisionnement concurrentiel et équitable.

Le Canada a aussi mis en place le PTPGP qui prévoit l'imposition de normes additionnelles applicables au processus d'approvisionnement. L'un des principaux objectifs du PTPGP est d'empêcher les entités acheteuses d'exercer une discrimination à l'égard des fournisseurs des 11 pays de la région du Pacifique membres du partenariat. Le PTPGP exige notamment du gouvernement fédéral et des gouvernements provinciaux et territoriaux du Canada qu'ils utilisent des moyens d'approvisionnement électroniques, qu'ils veillent à ce que les avis de marché envisagé soient largement accessibles et qu'ils accordent aux fournisseurs des délais minimaux pour répondre à ces avis. Cependant, les fournisseurs doivent prendre note que les gouvernements canadiens ne sont pas tenus de suivre les procédures d'approvisionnement normalisées pour les contrats d'une valeur inférieure à certains seuils financiers prescrits, ou lorsque l'objet du contrat est exempté de ces procédures. Les seuils financiers diffèrent d'un accord commercial à l'autre, peuvent fluctuer d'une année à l'autre et varient selon le type de contrat et, dans certains cas, selon l'entité acheteuse.

Dans la foulée du Brexit, les obligations prévues par l'AECG en matière de marchés publics ne s'appliquaient plus au Royaume-Uni. Toutefois, le Canada a conclu un accord intérimaire de continuité commerciale avec le Royaume-Uni qui préserve les conditions de l'AECG, y compris en ce qui concerne les marchés publics, en attendant la conclusion des négociations (qui devraient se terminer en 2024) pour un nouvel accord commercial global entre le Canada et le Royaume-Uni, et l'entrée en vigueur de cet accord. Le 21 mars 2023, le Royaume-Uni a annoncé la conclusion des négociations sur son adhésion au PTPGP. L'adhésion entrera en vigueur une fois qu'elle aura été ratifiée par le Royaume-Uni et les autres membres du PTPGP, ce qui devrait se produire au cours du second trimestre de 2024.

LES PRINCIPALES OBLIGATIONS EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS, COMMUNES À TOUS LES ACCORDS COMMERCIAUX, SONT LES SUIVANTES : LA NON-DISCRIMINATION FONDÉE SUR LE PAYS OU LA PROVINCE D'ORIGINE; UNE PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES OUVERTE ET TRANSPARENTE; UNE PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES CONCURRENTIELLE; ET UNE PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES ÉQUITABLE.

Approvisionnement en matière de défense et Programme des marchandises contrôlées

En ce qui concerne l'approvisionnement du Canada en matière de défense, la *Loi sur la production de défense* (LPD) confère au ministre de SPAC la responsabilité d'administrer la LPD et le pouvoir exclusif de faire l'acquisition, notamment par achat, du matériel de défense et de faire construire les ouvrages de défense que requiert le ministère de la Défense nationale. Des exigences de sécurité s'appliquent aux particuliers, aux installations et aux marchandises et technologies contrôlées. Le Programme de sécurité industrielle prévoit des enquêtes de sécurité au sujet des entrepreneurs avant que ne leur soient confiés des renseignements et des biens classifiés et protégés du gouvernement. Le Programme des marchandises contrôlées est le programme national de sécurité industrielle du Canada. Il prévient la prolifération de la technologie et des biens tactiques et stratégiques, dont la technologie des missiles, le matériel militaire et la propriété intellectuelle qui s'y rattachent. McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l. est inscrit au Programme des marchandises contrôlées et est autorisé à recevoir des marchandises et des technologies contrôlées. Le programme mixte d'agrément protège les données techniques militaires importantes non classifiées contre des adversaires communs, mais autorise la circulation de ces données aux entreprises américaines et canadiennes du secteur privé qui en ont véritablement besoin.

Deux points importants sont à noter en ce qui concerne l'approvisionnement en matière de défense. Premièrement, ces marchés ne sont généralement pas couverts par les accords commerciaux, à l'exception de l'ALEC. Selon une jurisprudence constante, la seule façon de tirer parti des dispositions de l'ALEC est de soumissionner par l'intermédiaire d'une entité canadienne — il ne suffit pas qu'une entreprise canadienne soit un sous-traitant au sein de l'équipe ni qu'elle soit l'entité qui conclura le marché sous sa forme définitive.

Deuxièmement, de nombreux marchés d'approvisionnement de la défense de grande valeur feront l'objet d'exemptions au titre de la sécurité nationale. Celles-ci exemptent les marchés publics des obligations des accords commerciaux et les soustraient à la compétence du Tribunal canadien du commerce extérieur. Les contestations relatives à ces marchés doivent plutôt être structurées autour d'allégations de violation d'obligations de droit public ou de droit privé dans le cadre d'un recours judiciaire devant la Cour fédérale ou la cour provinciale compétente.

Formes de marchés publics

Les marchés publics du gouvernement fédéral sont assujettis à une abondance de procédures, allant de l'appel d'offres officiel au marché de gré à gré. En pratique, ce sont surtout les demandes de propositions, les offres permanentes et les accords d'approvisionnement qui dominent. On peut aussi établir une liste des soumissionnaires admissibles par voie de demandes de qualification dans le cas de demandes de soumissions plus complexes et de grande valeur. Le devis descriptif doit être rédigé de manière à optimiser la concurrence, sauf s'il est nécessaire d'imposer des restrictions pour répondre aux besoins opérationnels légitimes du gouvernement. La législation sur les marchés publics prévoit en général que pour être retenue, une soumission doit respecter toutes les exigences obligatoires énoncées dans la demande de propositions. En général, un marché est attribué au soumissionnaire admissible dont la soumission est recevable aux termes de la demande de propositions ou de l'appel d'offres et est la plus avantageuse pour le gouvernement eu égard uniquement au prix et à des facteurs autres que le prix énoncés dans le document d'appel d'offres. Les soumissionnaires qui sont radiés, suspendus ou déclarés non admissibles ne peuvent être retenus.

Un certain nombre de provinces (dont l'Alberta et l'Ontario) ont créé des cadres permettant d'accepter et d'étudier des propositions spontanées (PS). Ces cadres visent les projets d'infrastructure à grande échelle et permettent aux fournisseurs de faire des propositions à la province concernant des projets potentiels sans qu'un appel d'offres soit émis au préalable. Ces cadres contiennent des exigences strictes visant à garantir que l'acheteur optimise la valeur du marché en faveur du contribuable et qu'il respecte tous les accords commerciaux et toutes les autres obligations en matière de marchés publics. Selon les circonstances, la province peut accepter d'emblée la PS, entamer des négociations avec le fournisseur, rejeter la PS ou utiliser la PS pour lancer une procédure d'appel d'offres complète.

Un certain nombre de sociétés d'État et d'autres entités provinciales commencent à faire l'essai de structures d'approvisionnement progressives dans le cadre de leurs projets de PPP. Ces structures sont conçues pour favoriser la collaboration entre le responsable du projet et le partenaire contractuel afin de définir les exigences, la conception et les prix du projet dans une phase de développement suivant une procédure de sélection concurrentielle.

Le Régime d'intégrité

Les soumissionnaires qui souhaitent faire affaire avec le gouvernement fédéral doivent se conformer au Régime d'intégrité de SPAC (le « Régime d'intégrité »). En vertu du Régime d'intégrité, un fournisseur n'est pas admissible à présenter une soumission si lui ou des membres de son conseil d'administration ont été reconnus coupables, ou absous, au cours des trois dernières années, de l'une des infractions à la loi canadienne indiquées ci-dessous :

- paiement d'honoraires conditionnels à une personne visée par la *Loi sur le lobbying*;
- corruption, collusion, truquage d'offres ou toute autre activité anticoncurrentielle en vertu de la *Loi sur la concurrence*;
- blanchiment d'argent;
- participation aux activités d'une organisation criminelle;
- évasion fiscale au titre de l'impôt sur le revenu et de la taxe d'accise;
- corruption d'un agent public étranger;
- infraction liée au trafic de stupéfiants;
- extorsion;
- corruption de fonctionnaires judiciaires;
- corruption de fonctionnaires;
- commission secrète;
- violation criminelle de contrat;
- manipulation frauduleuse d'opérations boursières;
- délit d'initié;
- fabrication de faux et infractions similaires; et
- falsification de livres et de documents.

Au moment de la soumission, tous les fournisseurs doivent présenter une attestation indiquant qu'au cours des trois dernières années, la société et ses administrateurs, ainsi que ses affiliées et leurs administrateurs, n'ont pas été accusés ou reconnus coupables de l'une des infractions ci-dessus ou d'infractions étrangères semblables, et n'ont obtenu aucune absolution inconditionnelle ou conditionnelle en ce qui a trait à l'une

de ces infractions. Dans le cadre de cette attestation, les fournisseurs sont tenus de divulguer toutes les infractions commises à l'étranger semblables aux infractions figurant dans la liste ci-dessus, dont eux ou leurs affiliées et leurs administrateurs ont été reconnus coupables à l'étranger. Cette exigence requiert une diligence et des systèmes de surveillance rigoureux afin de permettre une divulgation rapide au moment de la soumission. Le fait de fournir des attestations fausses ou trompeuses est, en soi, un motif d'exclusion.

Les fournisseurs exclus sont inadmissibles à soumissionner pour une période de dix ans à compter de la détermination. Si, toutefois, un fournisseur exclu corrige la cause fondamentale de l'infraction ou coopère pleinement avec les autorités gouvernementales, la durée de l'exclusion peut être réduite. Jusqu'à cinq années peuvent ainsi être retranchées de la période d'inadmissibilité, mais cette réduction doit faire l'objet d'une entente administrative en vertu de laquelle les forces de l'ordre peuvent assurer une surveillance continue du comportement du fournisseur.

La période d'exclusion est perpétuelle pour les fournisseurs qui sont reconnus coupables de fraude à l'encontre du gouvernement fédéral en vertu du *Code criminel du Canada* ou de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Tous ces fournisseurs seront radiés de façon permanente jusqu'à ce qu'une suspension de casier judiciaire soit obtenue.

Le gouvernement fédéral peut également suspendre un fournisseur pour une période allant jusqu'à 18 mois dès que ce fournisseur est accusé ou se reconnaît coupable de l'une des infractions figurant dans la liste ci-dessus ou d'une infraction semblable à l'étranger, ou jusqu'à ce qu'une décision soit rendue ou un plaidoyer soit déposé à l'égard des accusations. Le Régime d'intégrité n'étend pas explicitement cette disposition en matière de suspension aux violations par des sociétés affiliées au fournisseur.

Le Régime d'intégrité interdit aux fournisseurs de conclure un contrat de sous-traitance avec des entités exclues. La conclusion d'un tel contrat en toute connaissance de cause entraînera l'exclusion du fournisseur pour une période de cinq ans. Il est probable que cette interdiction soit évaluée en fonction de la responsabilité stricte. Par conséquent, tous les entrepreneurs devraient mettre en œuvre des procédures de diligence raisonnable visant spécifiquement la conformité au Régime d'intégrité de tout sous-traitant potentiel.

Si une société affiliée au fournisseur a commis l'une des infractions figurant dans la liste ci-dessus ou une infraction semblable à l'étranger, SPAC peut exclure le fournisseur. Le Régime d'intégrité exige que la société affiliée soit évaluée par un tiers indépendant, retenu par le fournisseur, afin de déterminer si le fournisseur a participé de quelque façon que ce soit à l'infraction sous-jacente. Si le fournisseur peut démontrer qu'il n'a pas participé à l'infraction, il ne sera pas exclu. Des entités sont considérées comme étant affiliées quand l'une contrôle l'autre, quand les deux entités sont contrôlées par une même tierce partie ou quand il n'y a aucun contrôle direct entre les entités, mais que divers indices de contrôle prescrits indiquent un lien d'affiliation.

Le gouvernement fédéral conserve la capacité d'accorder certaines exceptions liées à la protection de l'intérêt public quant aux exigences du Régime d'intégrité. Ces exceptions ne peuvent être accordées que dans les situations où il faut retenir les services d'un fournisseur exclu et où il n'existe aucune autre possibilité raisonnable. Les facteurs qui peuvent justifier une exception visant à protéger l'intérêt public comprennent l'incapacité d'autres fournisseurs à exécuter le contrat, les situations imprévues, les questions de sécurité nationale ou la possibilité d'un préjudice important aux intérêts financiers du gouvernement si l'exception n'est pas appliquée. Un fournisseur exclu de façon permanente ne peut bénéficier de cette exception.

Si, au cours d'un marché de fournitures, le fournisseur est reconnu coupable d'une des infractions susmentionnées ou d'une infraction semblable à l'étranger, le gouvernement fédéral a le droit de résilier le contrat. Le gouvernement fédéral n'est toutefois pas obligé de résilier le contrat et les fournisseurs ont le droit de présenter des arguments pour justifier la non-résiliation du contrat. Dans les cas où le gouvernement fédéral choisit de ne pas résilier le contrat, il doit mettre en place une entente administrative prévoyant la surveillance du contrat par un tiers indépendant.

À la fin de 2018, le gouvernement canadien a entamé des consultations sur des changements de grande envergure à apporter au Régime d'intégrité. Les changements prévus augmenteraient la souplesse du système à condition que les auteurs d'actes répréhensibles se manifestent volontairement, admettent leur faute et prennent des mesures pour y remédier. Les changements élargiraient aussi considérablement la portée des infractions justifiant l'exclusion pour inclure, entre autres, les violations de la législation sur les sanctions, le fait d'être reconnu

coupable d'une infraction entraînant l'inscription d'un fournisseur au Registre des contrevenants environnementaux ou le fait d'adopter un comportement qui « discrédite les marchés publics du gouvernement fédéral ou qui serait contraire aux politiques publiques du Canada ». Ces modifications n'ont pas encore été transposées en droit canadien à la date de publication.

Contestation des offres et plaintes

Les achats du gouvernement fédéral sont assujettis au mécanisme de contestation des offres du Canada qui relève de la compétence du Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE). Le TCCE est autorisé à mener des enquêtes visant à vérifier que les entités acheteuses fédérales respectent les accords commerciaux. Le TCCE exige qu'une plainte soit déposée dans un délai de dix jours ouvrables suivant la date à laquelle le plaignant a connaissance ou aurait dû avoir connaissance des motifs de la plainte.

Si le TCCE établit qu'un appel d'offres, un projet de contrat ou un octroi de contrat ne respecte pas les exigences de la législation ou d'un accord commercial international, le TCCE peut recommander que l'entité contractante, généralement SPAC, prenne des mesures correctives, notamment les suivantes : résilier le contrat, procéder à un nouvel appel d'offres, attribuer un contrat ou verser une indemnité au plaignant pour manque à gagner. Le TCCE peut aussi recommander que l'organisme contractant rembourse au plaignant la totalité des frais entraînés par la préparation d'une réponse à l'appel d'offres et des frais associés au dépôt et à la poursuite de la contestation.

Les autorités provinciales et municipales ont leur propre mécanisme de contestation des offres. La Colombie-Britannique, l'Alberta, la Saskatchewan et le Manitoba disposent d'un mécanisme de réclamation relative à une offre qui régit tous les marchés publics de ces provinces. Les fournisseurs alléguant une violation de l'AECG, de l'ALEC ou d'autres accords commerciaux applicables peuvent recourir au mécanisme de réclamation relative à une offre.

D'autres provinces n'ont pas de mécanisme de plainte spécifique et les plaignants seront probablement obligés de demander réparation au moyen d'un contrôle judiciaire. L'Ontario l'a récemment démontré lorsqu'un fournisseur européen a porté plainte auprès du directeur

d'ApprovisiOntario alléguant que ses droits en vertu de l'AECG avaient été violés par un marché public du ministère des Transports. Lorsque le directeur a rejeté la plainte, la Cour divisionnaire s'est saisie d'une demande de contrôle judiciaire qui a annulé la décision du directeur et la passation de marché sous-jacente au motif qu'elles violaient les engagements pris par l'Ontario dans le cadre de l'AECG.

Les cours supérieures fédérales et provinciales peuvent aussi entendre les réclamations de soumissionnaires faisant valoir que les appels d'offres ont été menés en violation de leurs droits en common law fondés sur un contrat ou la responsabilité délictuelle. Tous les marchés publics des entités fédérales, provinciales et municipales relèvent de la compétence des tribunaux et de la common law en vertu du principe du « contrat A » et du « contrat B ». Les tribunaux ont statué que lorsqu'un soumissionnaire conforme répond à un appel d'offres, un contrat théorique appelé le « contrat A » est formé. L'une des clauses de ce « contrat A » stipule que le soumissionnaire, s'il est retenu, doit remplir les conditions de son offre en concluant le « contrat B » qui est le contrat relatif à l'exécution du travail visé. Toutefois, pendant le processus d'appel d'offres, les parties sont régies par les règles expressément prévues dans les documents d'appel d'offres. L'entité gouvernementale acheteuse a aussi un certain nombre d'obligations implicites envers les soumissionnaires d'un « contrat A », notamment celles d'offrir des conditions équitables de concurrence, de divulguer tous les renseignements nécessaires, de refuser les soumissionnaires non conformes, d'attribuer le marché au soumissionnaire gagnant et d'attribuer le marché conformément à l'offre.

Depuis quelques années, un nombre croissant d'entités acheteuses tentent d'éviter la formation d'un « contrat A » en rédigeant des appels d'offres « sans contrat A ». Si aucun « contrat A » n'est formé, les obligations connexes ne s'appliquent pas, et donc aucune réclamation en dommages-intérêts pour rupture de contrat ne peut être présentée. Ce processus donne également davantage de latitude aux soumissionnaires et aux acheteurs pour prendre part à un processus de demande de propositions négocié. Bien qu'un tel processus puisse généralement éliminer une importante source de responsabilité, les soumissionnaires doivent être au fait de deux éléments. D'abord, même si les parties ont explicitement renoncé à un « contrat A » dans le processus de demande de soumissions, les tribunaux ont statué qu'un « contrat A » peut tout de même être formé dans certaines circonstances. Deuxièmement, dans

les situations où aucun « contrat A » n'est formé, il y a une probabilité accrue que le marché soit contesté au moyen d'un processus de contrôle judiciaire ou administratif.

**POUR EN SAVOIR PLUS,
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC L'UNE DES PERSONNES SUIVANTES :**

John Boscariol

jboscariol@mccarthy.ca

416-601-7835

Ljiljana Stanic

lstanic@mccarthy.ca

416-601-7802

DROIT DU CANNABIS

Licences	251
Produits infusés	251
Marque, emballage et étiquetage	252
Promotion	252
Fusions et acquisitions	255
Réglementation des valeurs mobilières	256
Rétrospective de l'année et perspectives	257

Par Ranjeev Dhillon, Rami Chalabi et Matthew Sanders



DROIT DU CANNABIS

Avec l'adoption de la *Loi sur le cannabis* (Canada) en 2018, le Canada est devenu le premier pays du G7 à légaliser le cannabis à usage récréatif et à en permettre la production, la distribution et la vente. Depuis, la réglementation a évolué et le secteur du cannabis a connu une rapide croissance tant au pays qu'à l'étranger.

Licences

Les municipalités et les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux se partagent la responsabilité de surveiller la culture, la production et la distribution du cannabis. Santé Canada a établi un cadre juridique et accorde divers types de licences pour la culture et la production de cannabis. Un particulier ou une entreprise doit se procurer une licence auprès de Santé Canada pour pouvoir mener diverses activités liées au cannabis, comme la culture, la vente de cannabis destiné à un usage médical, les essais d'analyse et la recherche. Il existe aussi différentes sous-licences selon la nature et l'ampleur de l'activité. Les détenteurs de licence doivent respecter la *Loi sur le cannabis* et ses règlements, de même que se conformer à toutes les autres lois fédérales, provinciales et territoriales, et les réglementations municipales applicables.

Les licences de distribution sont octroyées par la province ou le territoire. Les modes de distribution du cannabis varient par province et territoire; il peut s'agir de ventes privées, de ventes gouvernementales ou d'une combinaison des deux.

Produits infusés

Au moment de la légalisation, l'offre se limitait principalement à des fleurs de cannabis séchées et à des huiles de cannabis, étant donné le cadre réglementaire strict. Le gouvernement fédéral a ensuite introduit un nouveau règlement autorisant un éventail beaucoup plus large de produits infusés au cannabis, y compris les produits comestibles, les extraits adaptés aux produits de vapotage et le cannabis pour usage topique. La réglementation prévoit des lignes directrices et des paramètres de production stricts en ce qui concerne ces produits, y compris des limites sur le THC et certains ingrédients et additifs, et des restrictions sur l'utilisation de vitamines, de nutriments minéraux, de produits carnés, de caféine et d'alcool.



Marque, emballage et étiquetage

Il est interdit de vendre du cannabis et des accessoires de cannabis dans un emballage ou avec une étiquette : (i) s'il y a des motifs raisonnables de croire que cet emballage ou cette étiquette pourraient être attrayants pour des mineurs (c'est-à-dire des personnes âgées de moins de 18 ans); (ii) qui présentent un témoignage ou une attestation; (iii) qui représentent une personne, un personnage ou un animal; (iv) qui sont associés à une façon de vivre particulière; ou (v) qui contiennent des renseignements faux, trompeurs ou susceptibles de créer une fausse impression quant à leurs caractéristiques.

Il est également interdit de vendre du cannabis s'il n'a pas été emballé conformément aux exigences en matière d'emballage et d'étiquetage prévues par la législation applicable. Ces exigences en matière d'emballage et d'étiquetage varient selon les catégories de cannabis et portent sur les caractéristiques de l'emballage ou du contenant lui-même (p. ex. capacité, couleurs de la surface et présentation, odeur, codes-barres, etc.) ainsi que sur l'étiquette qui y est apposée (p. ex. caractéristiques du produit, informations sur le producteur, éléments de la marque, date d'expiration, liste d'ingrédients, avertissements sanitaires, etc.).

Promotion

La *Loi sur le cannabis* prévoit des restrictions sévères et étendues quant à la promotion du cannabis, des accessoires de cannabis et des services liés au cannabis, pouvant faire l'objet de certaines exceptions restreintes. De nombreuses lois et politiques provinciales et territoriales imposent des restrictions supplémentaires en matière de promotion, en plus de celles prévues par la *Loi sur le cannabis* et ses règlements. Ces restrictions sont imposées dans l'intérêt de la protection de la santé et de la sécurité des citoyens canadiens, en particulier des mineurs.

La *Loi sur le cannabis* définit le terme « promotion » comme le fait de faire une présentation (sauf sur un emballage ou une étiquette) d'une chose ou d'un service, dans le but de les vendre, par tout moyen direct ou indirect étant susceptible d'influencer les attitudes, les croyances et les comportements à leur sujet.

Les restrictions à la promotion ne s'appliquent pas à certaines activités et il est expressément indiqué qu'elles sont exclues de leur champ d'application : (i) certaines œuvres créatives, certains commentaires

et opinions qui décrivent ou traitent du cannabis, d'un accessoire du cannabis ou d'un service lié au cannabis, mais pour lesquels aucune contrepartie n'est donnée; et (ii) les promotions entre entreprises faites par des personnes autorisées à produire, à vendre ou à distribuer du cannabis et des personnes qui vendent des accessoires du cannabis ou qui fournissent des services liés au cannabis, qui sont destinées à des personnes autorisées à produire, à vendre ou à distribuer du cannabis (et non pas à des consommateurs).

Pour simplifier l'étendue des restrictions, on peut dire qu'il est interdit de promouvoir le cannabis, les accessoires du cannabis et tout service lié au cannabis, sauf avec autorisation contraire en vertu de la *Loi sur le cannabis*. La loi va plus loin en confirmant qu'il ne peut y avoir de communication de prix ou de disponibilité, de témoignages ou d'attestations, de représentations de personnes, de personnages ou d'animaux, d'implication d'une émotion ou d'une façon de vivre particulière, ou de toute autre représentation qui pourrait être attrayante pour les mineurs.

Outre l'interdiction principale, la *Loi sur le cannabis* et ses règlements prévoient d'autres restrictions, y compris notamment l'interdiction de :

- (i) la promotion fautive, trompeuse ou erronée du cannabis, des accessoires du cannabis ou des services liés au cannabis ou de leurs caractéristiques (ce qui est considéré par Santé Canada comme incluant toute allégation sur les effets escomptés de la consommation);
- (ii) le recours à des médias étrangers pour faire de la promotion au Canada d'une manière non conforme;
- (iii) la promotion de commandite de personnes ou de manifestations d'une manière particulière;
- (iv) la dénomination d'une installation d'une manière particulière; et
- (v) les actions, quelles qu'elles soient, ou les fournitures de toute chose par les vendeurs de cannabis ou d'accessoires du cannabis pour inciter à l'achat de cannabis ou d'accessoires du cannabis (par exemple, les promotions « achetez-en deux pour le prix d'un »), sous réserve d'une exception pour certains incitatifs entre entreprises (par exemple, des rabais de gros).

Malgré les restrictions, la *Loi sur le cannabis* prévoit également plusieurs voies de promotions autorisées, qui sont bien encadrées, à savoir :

- **Promotion informative.** Promotion dans le cadre de laquelle des renseignements factuels sont fournis au consommateur sur le cannabis, un accessoire du cannabis, un service lié au cannabis



- ou les caractéristiques du produit ou du service (dont le prix ou la disponibilité), sous réserve de certains paramètres de livraison;
- **Promotion de marque.** Promotion du cannabis, d'un accessoire ou d'un service lié au cannabis fondée sur les caractéristiques de leur marque, sous réserve de certains paramètres de livraison;
 - **Promotion au point de vente.** Promotion par le vendeur concerné de cannabis, d'un accessoire du cannabis ou d'un service lié au cannabis au point de vente, lorsque la promotion ne porte que sur leur disponibilité ou sur leur prix; et
 - **Éléments de marque sur une autre chose.** La promotion du cannabis, d'un accessoire du cannabis ou d'un service lié au cannabis en plaçant un élément de marque sur un article qui n'est pas du cannabis ou un accessoire du cannabis, à condition que l'article concerné : (i) ne soit pas associé aux mineurs; (ii) ne soit pas raisonnablement considéré comme attrayant pour des mineurs; (iii) ne soit pas associé à une façon de vivre particulière; ou (iv) ne dépasse pas certains paramètres liés au nombre, à l'emplacement et aux dimensions définies dans le *Règlement sur le cannabis*.

Toute personne est autorisée à faire des promotions informatives et des promotions de marque en ce qui concerne les accessoires du cannabis et les services liés au cannabis, mais seules les personnes autorisées à produire, à vendre ou à distribuer du cannabis peuvent le faire en ce qui concerne le cannabis. Ces promotions informatives et de marque doivent notamment : (i) être communiquées à une personne âgée de 18 ans ou plus et l'identifier par son nom; (ii) se dérouler dans un endroit dont l'accès est interdit aux mineurs par la loi; ou (iii) être communiquées par des moyens de télécommunication pour lesquels des mesures raisonnables ont été prises afin de garantir que les mineurs ne puissent y avoir accès.

En plus des restrictions et autorisations fédérales décrites, de nombreuses provinces et territoires imposent des restrictions supplémentaires qui aggravent les difficultés liées à la promotion auxquelles sont confrontés les acteurs du secteur. Bien entendu, les possibilités de promotion sont fortement restreintes au Canada et il convient de naviguer avec prudence lorsqu'on tente de mettre en œuvre une initiative promotionnelle.



Fusions et acquisitions

À l'instar d'autres secteurs très réglementés, les opérations impliquant des acteurs de l'industrie du cannabis doivent tenir compte de certaines particularités. En plus des éléments traditionnels qui doivent être pris en compte dans le contexte de toute opération d'entreprise, les acteurs de l'industrie du cannabis doivent évaluer l'impact de certains facteurs qui sont uniques à leur industrie et qui pourraient avoir un impact significatif sur les perspectives de leurs entreprises une fois qu'une opération est achevée.

Dans le cadre des fusions, acquisitions et opérations sur titres (par exemple, des levées de fonds) impliquant des acteurs de l'industrie du cannabis, voici quelques-uns des éléments principaux dont il faut tenir compte :

- **Possibilité de transférer les licences.** Les licences délivrées en vertu de la législation fédérale, provinciale et territoriale aux acteurs de l'industrie du cannabis ne peuvent pas être transférées de manière indépendante à une autre personne. Cela a une influence sur la structure de toute opération particulière dans la mesure où les licences ne peuvent être effectivement transférées que par l'achat et la vente des entités qui les détiennent (c'est-à-dire une opération d'achat d'actions). Dans le cadre d'une opération d'achat d'actifs, y compris dans le cas d'une installation faisant l'objet d'une licence, la licence en question ne sera pas automatiquement transférée avec la propriété des actifs achetés. En effet, l'acheteur de l'installation devra, s'il le souhaite, refaire une demande pour obtenir la licence détenue par le vendeur pour l'installation achetée.
- **Droits de consentement et de notification des organismes de régulation.** Les organismes de régulation du cannabis se sont immiscés dans le processus d'opération de plusieurs manières. La législation applicable, les politiques imposées par les organismes de régulation ou les ententes commerciales entre les acteurs du secteur et les organismes de régulation (par exemple, les ententes d'approvisionnement avec les grossistes provinciaux et territoriaux) confèrent souvent aux organismes de régulation des droits de consentement et de notification qui doivent être respectés dans le



cadre d'une opération. Ces droits peuvent constituer des conditions à remplir avant la clôture de l'opération ou des obligations postérieures à la clôture. Dans les deux cas, la stipulation de ces droits a conféré aux organismes de régulation certains pouvoirs d'exécution qui peuvent être exercés lorsque les obligations des acteurs du secteur ne sont pas respectées.

- **Habilitation de sécurité et communication de renseignements personnels.** Lorsqu'une personne acquiert une participation importante dans une entité détenant une licence, elle peut être obligée (dans le cas des producteurs autorisés) d'obtenir une habilitation de sécurité en vertu de la législation fédérale ou (dans le cas des détaillants autorisés) de communiquer des renseignements personnels importants aux organismes de réglementation provinciaux ou territoriaux compétents, de la même manière que pour leurs processus d'autorisation respectifs. Comme décrit précédemment, le niveau de détails personnels à communiquer dans le cadre de ces deux processus est très significatif et peut être considéré comme insoutenable par les personnes associées à un acheteur.
- **Restrictions en matière de propriété.** Certaines provinces interdisent aux producteurs autorisés d'acquérir des participations importantes dans des détaillants autorisés. Ces restrictions doivent être soigneusement gérées lorsque les acteurs du secteur souhaitent atteindre un certain degré d'intégration verticale.

Réglementation des valeurs mobilières

Comme nous l'avons vu précédemment, la légalisation du cannabis par le gouvernement fédéral du Canada contraste avec le cadre réglementaire américain. Bien qu'un certain nombre d'États américains aient légalisé le cannabis sous une forme ou une autre, il demeure une substance contrôlée en vertu de la loi fédérale. Les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (« ACVM ») ont publié des lignes directrices à l'intention des sociétés ayant des activités liées au cannabis aux États-Unis, tandis que la Bourse de Toronto (« TSX ») a entrepris un examen de la cote des sociétés de cannabis menant des activités aux États-Unis et soutient que ses émetteurs ne sont pas autorisés à participer aux activités liées à la marijuana aux États-Unis. La Bourse canadienne des valeurs mobilières, contrairement à la TSX, a adopté une approche plus permissive, n'exigeant qu'une divulgation complète de ces activités (conformément à l'avis des ACVM).



Rétrospective de l'année et perspectives

Au cours de l'année 2022, l'industrie canadienne du cannabis a connu plusieurs évolutions importantes :

- En décembre 2022, Santé Canada a annoncé des modifications à la *Loi sur le cannabis* et aux règlements connexes afin, entre autres, de : (i) augmenter les limites de possession (et d'achat) par le public des boissons contenant du cannabis qui étaient fixées à 2,1 litres (l'équivalent de cinq canettes de 355 millilitres chacune) et qui sont passées à 17,1 litres (l'équivalent de 48 canettes de 355 millilitres chacune); et de (ii) mettre à jour la réglementation de la recherche non thérapeutique avec des participants humains pour permettre de mener plus facilement des recherches sur le cannabis impliquant des participants humains.
- Certains producteurs autorisés ont, à partir de 2021, introduit des « extraits comestibles » sur le marché récréatif afin d'essayer de bénéficier des limites légales de concentration en THC plus élevées pour les extraits comestibles. Vers la fin de l'année 2022, Santé Canada a commencé à demander à certains des producteurs autorisés concernés de cesser de vendre leurs produits par crainte de non-conformité.
- Santé Canada a entamé son examen législatif de la *Loi sur le cannabis* (qui était censé commencer l'année précédente, après trois ans de légalisation) pour lequel les acteurs de l'industrie espèrent qu'il sera le catalyseur de changements progressifs dans l'industrie.
- En juillet 2022, le Comité consultatif scientifique sur les produits de santé contenant du cannabis de Santé Canada a publié un rapport sur ses conclusions à ce jour, qui servira probablement de ressource pour orienter la rédaction de toute loi légalisant et réglementant les produits de santé contenant du cannabis ou mettant à jour d'une autre manière le cadre réglementaire applicable au CBD.
- La Commission des alcools et des jeux de l'Ontario a apporté des précisions sur les incitatifs interentreprises autorisés entre les producteurs et les détaillants titulaires d'une licence. Elle a notamment déclaré expressément que les détaillants autorisés pouvaient passer des contrats avec des producteurs autorisés en vue de produire des produits portant la marque du détaillant.



Bien qu'il y ait eu plusieurs mises à jour importantes dans l'industrie canadienne du cannabis au cours des derniers mois, l'avenir est imprévisible en raison de la volatilité inhérente à ce secteur. Compte tenu de la situation financière relativement difficile dans laquelle se trouvent les acteurs du secteur depuis plusieurs années, la plupart d'entre eux espèrent voir évoluer la manière dont les obligations en matière de droits d'accise sont appliquées ou d'autres mises à jour des limites de concentration de THC applicables aux produits comestibles, aux extraits et aux produits pour usage topique.

Nous espérons que le gouvernement canadien aidera les acteurs de l'industrie du cannabis à court terme. Justin Trudeau, le premier ministre du Canada, a déclaré : « Maintenant que les questions de santé et de sécurité publiques sont réglées, ou en voie de l'être, je pense que vous avez tout à fait raison de dire que nous devrions absolument réfléchir à ce que nous pouvons faire pour nous assurer que cette industrie soit rentable. » Dans le cadre du budget fédéral canadien de 2022, le gouvernement fédéral a noté qu'à mesure que l'industrie légale du cannabis au Canada se développe, il y a des possibilités pour le gouvernement fédéral « de rationaliser, de renforcer et d'adapter spécifiquement le cadre du droit d'accise sur le cannabis, ainsi que d'autres régimes de droits d'accise en vertu de la *Loi de 2001 sur l'accise*. » Ces travaux sont menés, en partie, par Innovation, Sciences et Développement économique Canada, une agence fédérale qui s'efforce d'accroître la présence du Canada dans le commerce mondial. Cette aide gouvernementale est nécessaire compte tenu des sombres perspectives économiques actuelles de l'industrie qui continueront probablement de conduire à davantage de transactions financières stratégiques, de procédures de faillite et de regroupements entre les parties prenantes.

**POUR EN SAVOIR PLUS,
VEUILLEZ COMMUNIQUER AVEC L'UNE DES PERSONNES SUIVANTES :**

Ranjeev Dhillon

rdhillon@mccarthy.ca

416-601-8327

Rami Chalabi

rchalabi@mccarthy.ca

416-601-8125

Matthew Sanders

msanders@mccarthy.ca

416-601-4306



PROFIL DE McCARTHY TÉTRAULT

Personnes-ressources chez McCarthy Tétrault

261



PROFIL DE McCARTHY TÉTRAULT

McCarthy Tétrault est un cabinet d'avocats canadien de premier plan qui propose des solutions juridiques et commerciales stratégiques et innovantes à ses clients, où que leurs activités les mènent. Nous conseillons nos clients sur des questions complexes et d'importance pour des intérêts canadiens et internationaux, en leur offrant l'accès à des experts juridiques, à une expérience pratique et à une connaissance approfondie des secteurs d'activité qui stimulent les économies canadienne et mondiale.

Avec des bureaux dans les principaux centres financiers du Canada, à New York ainsi qu'à Londres, nous fournissons des services dans les domaines du droit des affaires, du litige, du droit fiscal, du droit de l'immobilier et du droit du travail et de l'emploi. Les avocats du cabinet travaillent de façon harmonieuse dans les divers domaines de pratique et les régions par le biais d'une plateforme entièrement intégrée pour les clients canadiens et internationaux d'envergure. Nous travaillons auprès de tous les paliers de gouvernement en vue d'élaborer les lois et les règlements qui contribuent à façonner le marché canadien.

En mettant l'accent sur la fourniture de services et de solutions innovants pour notre clientèle, nous sommes à l'origine de progrès dans la profession juridique et nous nous adaptons efficacement à l'évolution des besoins des clients en remaniant et en restructurant la prestation de services juridiques, en créant de la valeur pour les clients grâce à une gestion de projet personnalisée, et en proposant des méthodes alternatives de calcul des honoraires, des solutions créatives en matière de dotation en personnel et une réorganisation des processus. Nous proposons également MT>Divisions, un groupe de secteurs d'activité complémentaires, qui soutient la capacité à mettre rapidement à l'échelle et à lancer des solutions innovantes pour nos clients en utilisant des ressources commerciales, des données, des technologies et d'autres ressources.

Personnes-ressources chez McCarthy Tétrault

Leaders des marchés internationaux et américains

MARCHÉS INTERNATIONAUX

Shea Small
ssmall@mccarthy.ca
416-601-8425

Karl Tabbakh
ktabbakh@mccarthy.ca
514-397-2326

AFRIQUE

Pierre Boivin
piboivin@mccarthy.ca
418-521-3012

AUSTRALIE

Shea Small
ssmall@mccarthy.ca
416-601-8425

INDE

David Lever
dlever@mccarthy.ca
416-601-7655

MOYEN-ORIENT

Karl Tabbakh
ktabbakh@mccarthy.ca
514-397-2326

ÉTATS-UNIS

Matthew Cumming
mcumming@mccarthy.ca
646-940-8966

Patrick Shea
pshea@mccarthy.ca
514-397-4246

ASIE

Joyce Lee
jlee@mccarthy.ca
604-643-7128

EUROPE

Clemens Mayr
cmayr@mccarthy.ca
514-397-4258

AMÉRIQUE LATINE

Shawn Doyle
sdoyle@mccarthy.ca
604-643-7170

ROYAUME-UNI

Robert Brant
rbrant@mccarthy.ca
+44 (0)20 7786 5701

Leaders nationaux de groupes de pratique

DROIT DES AFFAIRES

Éric Gosselin
egosselin@mccarthy.ca
514-397-4271

LITIGE

Sunil Kapur
skapur@mccarthy.ca
416-601-8339

DROIT IMMOBILIER ET PLANIFICATION

John Currie
jcurrie@mccarthy.ca
416-601-8154

DROIT DU TRAVAIL ET DE L'EMPLOI

Tim Lawson
timlawson@mccarthy.ca
416-601-8172

DROIT FISCAL

Brett Anderson
banderson@mccarthy.ca
403-260-3549

Raj Juneja

rjuneja@mccarthy.ca
416-601-7628

Leaders de groupes sectoriels

DROIT BANCAIRE ET SERVICES FINANCIERS

Marc MacMullin
mmacmullin@mccarthy.ca
 416-601-7558

GRUPE MONDIAL MINES ET MÉTAUX

Eva Bellissimo
ebellissimo@mccarthy.ca
 416-601-8968

Shea Small
ssmall@mccarthy.ca
 416-601-8425

Roger Taplin
rtaplin@mccarthy.ca
 604-643-5922

INFRASTRUCTURE ET PROJETS

David Lever
dlever@mccarthy.ca
 416-601-7655

FUSIONS ET ACQUISITIONS

Cam Belsher
cbelsher@mccarthy.ca
 604-643-7985

Jonathan See
jsee@mccarthy.ca
 416-601-7560

Shea Small
ssmall@mccarthy.ca
 416-601-8425

PÉTROLE ET GAZ

Brian Bidyk
bbidyk@mccarthy.ca
 403-260-3610

Kerri Howard
kerrihoward@mccarthy.ca
 403-260-3720

ÉNERGIE

Seán O'Neill
soneill@mccarthy.ca
 416-601-7699

CAPITAL D'INVESTISSEMENT PRIVÉ ET INVESTISSEMENTS

Mathieu Laflamme
miaflamme@mccarthy.ca
 418-521-3018

Shevaun McGrath
shmcgrath@mccarthy.ca
 416-601-7970

Patrick Shea
pshea@mccarthy.ca
 514-397-4246

COMMERCÉ DE DÉTAIL ET MARCHÉS DES BIENS DE CONSOMMATION

Chrystelle Chevalier-Gagnon
cchevaliergagnon@mccarthy.ca
 514-397-4159

Carmen Francis
cfrancis@mccarthy.ca
 416-601-8854

TECHNOLOGIE

Christine Ing
christineing@mccarthy.ca
 416-601-7713

Distinctions et mentions récentes



VANCOUVER

Suite 2400, 745 Thurlow Street
Vancouver (Colombie-Britannique)
V6E 0C5

CALGARY

Suite 4000, 421 7th Avenue SW
Calgary (Alberta)
T2P 4K9

TORONTO

Suite 5300, TD Bank Tower
Box 48, 66 Wellington Street West
Toronto (Ontario)
M5K 1E6

MONTRÉAL

Bureau MZ400
1000, rue De La Gauchetière Ouest
Montréal (Québec)
H3B 0A2

QUÉBEC

500, Grande Allée Est, 9e étage
Québec (Québec)
G1R 2J7

NEW YORK

55 West 46th Street, Suite 2804
New York, New York 10036
États-Unis

LONDRES

1 Angel Court, 18th Floor
Londres EC2R 7HJ
Royaume-Uni