

Rétrospective de l'année juridique 2017

20 JANVIER 2017 12 MIN DE LECTURE

Auteurs(trice): [Jeremy Fraiberg](#), [Jacqueline Code](#)

Disponible maintenant : [Rétrospective de l'année juridique 2018 au RetrospectiveAnneeJuridique.ca](#)

L'année 2017 est terminée et nous souhaitons partager avec nos clients et amis nos observations au sujet de quelques-uns des changements d'ordre juridique les plus marquants qui ont eu des répercussions sur les entreprises canadiennes au cours de la dernière année, et de leur incidence en 2018 et au-delà.

Des innovations technologiques remarquables touchent actuellement tous les secteurs de l'économie et de la société. En 2017, par exemple, les cryptoactifs sont passés d'une curiosité technologique marginale à un marché mondial. La rapide appréciation des cours des cryptoactifs et l'incroyable croissance des premières émissions de cryptomonnaies ont pris presque tout le monde par surprise. Ce marché florissant crée de nouvelles occasions et de nouveaux défis alors que l'intérêt des investisseurs fait augmenter le cours des cryptoactifs. Les chaînes de blocs, l'informatique en nuage et les pratiques agiles de développement de logiciels révolutionnent la manière dont les gens concluent des contrats, échangent des paiements ou des valeurs, stockent les données et y accèdent. Les clients devront suivre ces changements rapides de manière proactive afin de tirer parti de ces nouveaux débouchés et de réduire les risques.

En dehors de la sphère technologique, un changement révolutionnaire de politique sociale en 2017 ouvre la voie à la légalisation du cannabis à des fins récréatives au Canada, dont l'entrée en vigueur est prévue au plus tard le 1^{er} juillet 2018. Dans le cadre des préparatifs au lancement de ce nouveau marché, les entreprises font face à un contexte juridique instable et changeant. On ne connaît pas encore toutes les règles du jeu. Les provinces sont en voie d'adopter des mesures législatives qui traiteront des enjeux tels que le marketing, l'achat et la consommation du cannabis. Entre-temps, le manque d'uniformité des règlements tant interprovinciaux qu'internationaux crée de véritables champs de mines. Les entreprises qui comprennent parfaitement toutes les répercussions d'ordre réglementaire du nouveau régime, qui anticipent les nouvelles exigences des lois et qui s'y adapteront dès leur mise en application seront en position favorable pour réussir.

Dans le domaine du droit des sociétés et des valeurs mobilières, l'augmentation des premiers appels publics à l'épargne en 2017 a fait croître le recours aux « objectifs de croissance » (l'information prospective relative aux résultats financiers et aux résultats d'exploitation d'une entreprise, de moyen à long terme), afin de compléter l'information sur la stratégie de croissance de l'entreprise. La qualité de la stratégie de croissance d'une entreprise et les résultats obtenus par sa direction dans la réalisation de la croissance peuvent avoir une forte incidence sur la réussite d'un PAPE et sur la tenue du cours des actions. Même si les objectifs de croissance sont maintenant examinés de plus près par les

investisseurs et les organismes canadiens de réglementation des valeurs mobilières, les entreprises qui envisagent de faire un premier appel public à l'épargne devraient continuer à en soupeser les avantages.

L'intérêt nouveau et renouvelé des investisseurs pour des enjeux comme la diversité dans les conseils d'administration et l'accès aux procurations, et l'intérêt grandissant que suscite l'information relative aux changements climatiques ont représenté quelques-uns des changements les plus importants en matière de gouvernance d'entreprise en 2017. Ces changements d'ordre réglementaire se répercuteront sur la communication d'information relative à la gouvernance d'entreprise et à la rémunération des dirigeants en 2018, et ils auront une incidence sur les tactiques de défense des actionnaires activistes au cours des prochaines années.

En 2017, le nombre de fusions et d'acquisitions au Canada a été légèrement supérieur à celui de 2016, mais la valeur totale des opérations est quelque peu inférieure. Le nombre de courses aux procurations qui ont été soumises au vote des actionnaires a également chuté. Dans le domaine du droit, des changements importants ont été apportés : un nouvel avis du personnel de la commission des valeurs mobilières relativement aux opérations donnant lieu à un conflit d'intérêts important, le renforcement des examens des organismes de réglementation quant à l'utilisation de placements privés dans le contexte des courses aux procurations, et l'évolution de la pratique en matière d'attestation d'équité, à la lumière de la décision rendue l'an dernier dans l'affaire *InterOil*. Il est trop tôt pour évaluer l'impact du nouveau régime des offres publiques d'achat adopté en 2016, mais il est intéressant de noter qu'il n'y a eu que trois offres d'achat hostiles en 2017.

Par ailleurs, aux États-Unis, la plupart des changements apportés par la Securities and Exchange Commission (la SEC) qui revêtent de l'intérêt pour les Canadiens consistent davantage en changements procéduraux qu'en changements sur le fond. Les sociétés émettrices canadiennes inscrites auprès de la SEC qui présentent leurs états financiers conformément aux normes internationales d'information financière (IFRS) ressentiront le contrecoup d'au moins un changement procédural lié au format dans lequel les états financiers seront produits, à partir du dépôt de leur prochaine déclaration annuelle auprès de la SEC.

Dans le domaine de l'application de la loi, les organismes de réglementation continuent d'essayer de faire une différence notable dans le dossier des délits d'initiés et autres inconduites de cols blancs. Ainsi, la première condamnation pour corruption imposée par un tribunal en vertu de la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers* a été confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario. Les causes dignes de mention portant sur l'application des lois qui régissent les valeurs mobilières sont peu nombreuses, mais la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario semble tirer parti du fait que les tribunaux appuient l'utilisation d'éléments de preuve circonstancielle pour établir que des infractions de délits d'initiés et de tuyautage (« *tipping* ») ont été commises.

Même si nous avons observé en 2017 une relance de l'activité et un regain d'optimisme dans le secteur minier par rapport aux trois années précédentes, des défis de taille demeurent. Dans les petites et moyennes sociétés minières en particulier, qui représentent le plus grand segment du secteur minier canadien, l'année écoulée pourrait se résumer par « deux pas en avant, un pas en arrière », en ce qui concerne les perspectives et les conditions générales du marché. Cependant, quelques tendances dignes d'être signalées – par exemple, l'augmentation des activités d'exploration, un nombre modeste de fusions et acquisitions et l'importance qui continue d'être accordée aux structures de financement de rechange – devraient retenir l'attention des négociateurs à l'aube de 2018.

En réaction aux pressions politiques provoquées par la hausse des tarifs d'électricité, le

gouvernement de l'Ontario a instauré une structure de financement innovatrice afin de permettre de réduire les factures d'électricité des consommateurs résidentiels, des petites entreprises et des exploitations agricoles. Les tarifs d'électricité augmentent en Ontario en grande partie à cause du coût des contrats à prix fixe conclus avec des producteurs d'énergie propre au cours des dix dernières années. La structure de financement utilisée par le gouvernement de l'Ontario mérite qu'on s'y intéresse parce qu'il s'agit (à notre connaissance) d'une des premières utilisations d'un mécanisme de titrisation réglementaire pour percevoir un manque à gagner courant auprès de futurs clients.

En 2017, l'Alberta Electric System Operator a entrepris le premier appel d'offres dans le cadre du programme d'électricité renouvelable (Renewable Electricity Program, ou REP) de la province. Le REP découle du plan de leadership climatique (Climate Leadership Plan) de 2015 de l'Alberta, qui vise à mettre en place une taxe carbone dans tous les secteurs de l'économie, le retrait progressif du recours au charbon, la mise en valeur de sources d'énergie renouvelables, le plafonnement des émissions en provenance des sables bitumineux et la réduction du méthane. Selon des estimations, le REP génère 10,5 milliards de dollars de nouveaux investissements et au moins 7 200 nouveaux emplois. Il serait bon que les promoteurs de projets et les investisseurs surveillent attentivement l'évolution du secteur albertain de l'électricité pour tirer parti des occasions tout en atténuant le risque.

En 2017, nous avons assisté à quelques changements importants d'ordre fiscal. Notons en particulier que le ministère des Finances a rendu public un ensemble de propositions générales ciblant les sociétés fermées canadiennes et leurs actionnaires. Les mesures, qui visaient principalement à atténuer certains avantages apparents de tirer des revenus d'une société par actions, ont été vivement critiquées par le milieu des affaires et par les conseillers financiers. Plusieurs des propositions ont maintenant été abandonnées ou ont été substantiellement révisées. De plus, la Cour canadienne de l'impôt a entendu l'importante affaire *Cameco*, maintenant prise en délibéré, qui a constitué le premier appel de nature fiscale sur la portée des dispositions de requalification dans les règles sur les prix de transfert du Canada qui touchent les opérations internationales entre parties liées. Dans l'arrêt *BP Canada Energy Company c. Canada*, l'ARC a porté en Cour d'appel fédérale une cause type sur les limites de son pouvoir de demander la production de l'analyse interne des positions fiscales incertaines d'un contribuable.

Les limites en matière de production de documents ont également suscité une attention considérable en dehors du contexte de la fiscalité. La Cour suprême du Canada a reconfirmé le caractère quasi sacré du privilège attaché au litige et du principe du secret professionnel de l'avocat, établissant une norme élevée pour les législatures qui ont l'intention d'abolir la protection générale offerte par le privilège. En parallèle, deux autres décisions (l'une de la Cour fédérale, et l'autre de la Haute Cour de justice britannique) pourraient éroder considérablement la protection dans des domaines où on la croyait fermement établie depuis longtemps – plus précisément, le privilège relatif aux opérations et le privilège attaché aux documents préparés par un conseiller juridique pendant une enquête interne. Si ces deux décisions sont confirmées en appel, leurs ramifications potentielles pourraient être étendues.

Les enjeux liés à la protection de la vie privée ont été prioritaires pour les organisations de tous les secteurs en 2017, compte tenu des menaces sophistiquées à la cybersécurité, d'incidents très médiatisés relatifs aux données et de l'explosion du volume des initiatives d'analyse de données. Nous avons observé plusieurs changements notables d'ordre juridique et réglementaire dans les domaines de la protection de la vie privée et des données au Canada, à savoir l'instauration d'un régime réglementaire de notification des atteintes à la sécurité, un examen parlementaire complet de la *Loi canadienne anti-pourriel* en réponse aux préoccupations de parties prenantes, et le renforcement de la nécessité d'établir de solides programmes de gouvernance des données.

En 2017, le gouvernement libéral du Canada a pris un certain nombre de mesures pour libéraliser l'examen des investissements étrangers, facilitant l'acquisition d'entreprises canadiennes par des intérêts étrangers. Le fait le plus marquant a été le relèvement notable du seuil financier servant à déterminer si les investissements du secteur privé dans des entreprises canadiennes seront assujettis à un examen de « l'avantage net », en vertu de la *Loi sur l'investissement Canada*. Le seuil s'établissait à 600 millions de dollars au début de l'année, a été relevé à un milliard de dollars au milieu de l'année, puis a été haussé à 1,5 milliard de dollars à l'automne 2017.

Les changements sans précédent qui se sont opérés en 2017 sur la scène commerciale internationale auront vraisemblablement une incidence profonde sur de nombreuses entreprises canadiennes. Sont notamment visées la renégociation de l'Accord de libre-échange nord-américain (l'ALENA), l'entrée en vigueur de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (l'AECG) et la relance possible du Partenariat transpacifique entre 11 pays (le PTP-11), dont les États-Unis ne font pas partie. La renégociation de l'ALENA crée beaucoup d'incertitude, mais l'AECG et le PTP-11 présentent des débouchés pour les entreprises qui souhaitent diversifier leurs relations commerciales avec des marchés hors États-Unis.

Nous surveillerons ces changements et bien d'autres en 2018, et nous serons heureux d'en discuter avec vous.

Articles

- [Les cryptoactifs de plus en plus répandus](#)
- [Chaînes de blocs et contrats automatiques, informatique en nuage et développement agile](#)
- [Utiliser des objectifs de croissance pour compléter l'information sur la stratégie de croissance](#)
- [Le cannabis en 2017 : ouverture de la voie à sa légalisation](#)
- [L'intérêt des investisseurs et des autorités de réglementation est à l'origine des changements en matière de gouvernance d'entreprise et de rémunération de la haute direction](#)
- [Les plus grandes fusions et acquisitions publiques et l'évolution de la course aux procurations en 2017](#)
- [Changements touchant les marchés financiers américains en 2017 : de petits changements peuvent faire une grande différence](#)
- [Le Plan ontarien pour des frais d'électricité équitables et sa nouvelle structure de financement](#)
- [Faits nouveaux dans l'application de la réglementation touchant les cols blancs et les marchés financiers](#)
- [Rétrospective de l'année en exploitation minière : des progrès au milieu de la volatilité](#)
- [Programme d'électricité renouvelable de l'Alberta – Les appels d'offres compétitifs dépassent les attentes](#)
- [Le gouvernement du Canada teste les limites des pouvoirs conférés par la Loi de l'impôt sur le revenu en 2017](#)
- [Les sables mouvants du droit des privilèges](#)
- [La protection des renseignements personnels, une préoccupation importante en 2017](#)

- [L'ALENA, l'AECG et le PTP – Des occasions et des défis importants](#)
- [Libéraliser l'examen des investissements étrangers](#)

Rédacteurs

Jacqueline Code Associée, Recherche jcode@osler.com 416 862-6462 [Lire la bio complète](#)

Jeremy Fraiberg Associé, Droit des sociétés jfraiberg@osler.com 416 862-6505 [Lire la bio complète](#)