



Canadian Corporate Counsel Association
Association canadienne des conseillers (ères)
juridiques d'entreprises



THE CANADIAN
BAR ASSOCIATION
L'ASSOCIATION DU
BARREAU CANADIEN

INFLUENCE. LEADERSHIP. PROTECTION.

Le 21 novembre 2014

[TRADUCTION]

Par courriel : enev@sen.parl.gc.ca; RNNR@parl.gc.ca

L'honorable sénateur Richard Neufeld
Président, Comité sénatorial permanent de l'énergie,
de l'environnement et des ressources naturelles
Sénat du Canada
Ottawa (Ontario) K1A 0A4

M. Leon Benoit, député
Président, Comité des ressources naturelles
131, rue Queen, 6^e étage
Chambre des communes
Ottawa (Ontario) K1A 0A6

**Objet : Projet de loi C-43, Loi n° 2 sur le plan d'action économique de 2014, partie 4, section 28 –
Loi sur les mesures de transparence dans le secteur extractif**

Monsieur le sénateur Neufeld et Monsieur le député Benoit,

Nous vous écrivons au nom de l'équipe anticorruption, de la Section nationale du droit de l'environnement, de l'énergie et des ressources, et de l'Association canadienne des conseillères juridiques d'entreprises de l'Association du Barreau canadien (Sections de l'ABC) pour vous faire part de nos commentaires relativement à la section 28 de la partie 4 du projet de loi C-43, *Loi n° 2 sur le plan d'action économique de 2014*, édictant la *Loi sur les mesures de transparence dans le secteur extractif* (la Loi).

L'ABC est une association nationale représentant 37 000 avocats, notaires québécois, étudiants en droit et professeurs de droit, dont la mission consiste notamment à promouvoir l'amélioration du droit et de l'administration de la justice. Comptant sur plus d'une décennie de travaux de l'ABC en matière de lutte contre la corruption, les Sections de l'ABC qui ont préparé cette lettre sont composées de bon nombre des avocats les plus expérimentés du Canada concernant le secteur extractif et la lutte contre la corruption.

Nous appuyons l'engagement par le gouvernement de rehausser les normes mondiales de transparence dans le secteur extractif, mais il existe certaines lacunes en ce qui a trait à l'harmonisation des obligations d'information au Canada avec celles que prévoient les États-Unis et l'Union européenne.

De façon générale, nous estimons que pour l'atteinte des objectifs de la Loi, il doit y avoir harmonisation des obligations d'information entre les régimes canadien, américain et européen. Les entités visées par les règles canadiennes ne devraient pas être traitées différemment de leurs homologues européens et américains, qu'il s'agisse du moment d'application des règles ou de la teneur des obligations d'information, ce qui est particulièrement important puisque la législation imposera des obligations d'information coûteuses et, suivant sa formulation actuelle, oblige la divulgation de renseignements susceptibles d'être confidentiels en vertu des lois locales ou de contrats contraignants. Aux États-Unis, une loi similaire a été jugée inconstitutionnelle¹, car elle ne prévoyait rien en ce qui concerne les conflits avec les lois locales. Les sociétés situées au Canada, aux États-Unis et dans l'Union européenne devraient être sur le même pied lorsqu'elles font face au risque de violation des lois locales. Nous estimons que l'harmonisation permettra le mieux la réalisation de l'objectif ciblé de la Loi.

Nous avons un certain nombre de commentaires particuliers relativement à différentes parties de la Loi.

Définitions

La définition du mot « entité » est extrêmement large et englobe une société qui en « contrôle » une autre s'adonnant à l'exploitation commerciale de pétrole, de gaz ou de minéraux au Canada ou à l'étranger. Toutefois, le mot « contrôle » n'est pas défini, ni la portée éventuelle du « contrôle indirect ». Il s'agit d'une question fondamentale qui devrait être réglée par la Loi plutôt que par les règlements.

Bien que le mot « actifs » ne soit pas défini par la Loi, il est utilisé à l'alinéa 8(1)b). Nous suggérons que ce terme soit clairement défini et signifie les actifs figurant au bilan d'une société afin d'éviter les problèmes relatifs au fonds commercial et aux autres actifs incorporels qui ne sont pas indiqués aux états financiers.

De la même façon, le mot « employé » est utilisé au sous-alinéa 8(1)b)(iii) sans être défini par la Loi. Nous croyons que ce terme devrait être défini de la même façon que dans partie I du *Code canadien du travail*.

Application de la Loi

La Loi n'indique pas de façon parfaitement claire à qui elle s'applique. L'article 8 de la Loi impose de vastes obligations d'information a) aux sociétés du secteur extractif dont les actions sont inscrites à une bourse de valeurs canadienne et aux entités contrôlées par la société ouverte qui s'adonnent à l'exploitation commerciale de pétrole, de gaz ou de minéraux et b) aux autres sociétés du secteur extractif qui atteignent certains seuils de taille en fonction de la valeur de leurs actifs, du montant de leurs revenus et de leur nombre d'employés et qui ont un établissement au Canada, y exercent des activités ou y possèdent des actifs. Cette dernière catégorie englobe les sociétés fermées et pourrait également viser des sociétés dont les actions sont inscrites à une bourse de valeurs étrangère.

Nous convenons que les obligations d'information devraient viser le plus grand nombre possible de sociétés du secteur extractif pour donner des chances égales à toutes mais nous recommandons que l'on envisage davantage de limiter le champ d'application de la Loi, du moins provisoirement, aux sociétés du secteur extractif dont les actions sont inscrites à une bourse de valeurs canadienne.

L'alinéa 8(1)b) semble englober une société étrangère qui effectue très peu de ventes et qui a très peu d'actifs au Canada. Il faudrait indiquer clairement si on veut que les seuils s'appliquent aux actifs, aux ventes et aux employés au Canada. L'alinéa 8(1)b) pourrait être reformulé de la façon suivante :

¹

[American Petroleum Institute c. SEC, n° 12-1668 \(D.D.C.\)](#), 2 juillet 2013.

b) l'entité ayant un établissement au Canada, y exerçant des activités ou y possédant des actifs et qui, selon ses états financiers consolidés, remplit au moins deux des conditions ci-après pour au moins un de ses deux derniers exercices :

- (i) elle possède des actifs d'une valeur d'au moins 20 000 000 \$ au Canada le dernier jour de l'exercice pertinent,*
- (ii) elle a généré des revenus d'au moins 40 000 000 \$ au Canada,*
- (iii) elle emploie en moyenne au moins 250 employés au Canada*

Obligations d'information

Nous appuyons le recours aux obligations d'information comme moyen de rehausser la transparence, mais nous avons un certain nombre de questions concernant la portée de la Loi.

Paiements effectués aux entités contrôlées par des fonctionnaires

Les obligations d'information ne semblent pas s'appliquer aux paiements effectués aux entités contrôlées par des employés ou des titulaires de charge publique du bénéficiaire ou qui y sont liées (entités contrôlées par des fonctionnaires). Par exemple, il semble que les paiements effectués à une société coquille contrôlée par un ministre pour des « services de consultation » relatifs à l'attribution de droits d'exploration ne nécessiteraient pas de déclaration en vertu de la Loi. Il s'agit d'une lacune importante puisque deux des quatre poursuites pénales intentées en vertu de la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers* (LCAPE) portaient sur des entités contrôlées par des fonctionnaires.

L'article 3 de la Loi ne semble pas englober les paiements effectués à des entités contrôlées par des fonctionnaires. L'alinéa 3a) prévoit que les paiements faits à l'employé d'un bénéficiaire ou au titulaire d'une charge publique du bénéficiaire sont réputés avoir été faits au bénéficiaire. Cet alinéa ne semble pas couvrir les paiements à un employé ou à un titulaire de charge publique d'un bénéficiaire qui sont versés indirectement, au moyen d'une entité contrôlée par cette personne ou qui lui est liée. L'alinéa 3b) prévoit que les paiements dus à un bénéficiaire et reçus par un organisme qui n'est pas un bénéficiaire sont réputés avoir été faits au bénéficiaire. Les paiements versés à une entité contrôlée par des fonctionnaires ne seraient pas visés par cette disposition, car ces paiements ne seraient pas dus au bénéficiaire, mais plutôt à la société coquille.

Si la Loi reconnaissait explicitement l'existence d'une obligation d'information à l'égard des paiements faits aux entités contrôlées par des fonctionnaires, cela a) dissiperait toute incertitude ou ambiguïté et b) harmoniseraît le texte de la Loi avec son objet énoncé à l'article 6, à savoir décourager et détecter la corruption. Toutefois, nous vous avertissons qu'il pourrait se révéler très difficile de déterminer si une entité donnée est une entité contrôlée par des fonctionnaires. Il faut tenir compte de la possibilité que les administrateurs, dirigeants et autres personnes d'une entité soient tenus responsables d'une erreur commise de bonne foi ou de l'omission de bonne foi de relever un paiement effectué à une entité contrôlée par des fonctionnaires.

À la lumière de ces considérations importantes, nous estimons que la Loi devrait :

- soit ajouter à l'article 3 une disposition prévoyant qu'un paiement fait à une entité contrôlée par un employé ou un titulaire de charge publique, ou qui y est liée, est réputé avoir été fait au bénéficiaire;
- soit définir le bénéficiaire comme incluant les entités contrôlées par des fonctionnaires.

Mode de règlement civil

Tout comme pour la LCAPE, l'absence de dispositions civiles ou administratives susceptibles d'être invoquées et assujetties à la norme plus faible de la prépondérance des probabilités impose un important fardeau de preuve au poursuivant dans les poursuites qu'il intente en vertu de la Loi. L'introduction d'un pouvoir de poursuite civile relativement à ces violations permettrait au poursuivant de prendre des mesures efficaces contre des organisations tout en évitant la durée et les frais liés à une poursuite pénale intégrale.

On devrait envisager d'attribuer aux organismes de réglementation des valeurs mobilières un pouvoir d'application civile de la Loi. Ces genres de poursuites relèvent directement du mandat des organismes de réglementation des valeurs mobilières. Par exemple, le mandat de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario « consiste à protéger les investisseurs contre les pratiques déloyales, irrégulières et frauduleuses et de[sic] favoriser des marchés financiers justes et efficaces et la confiance en ceux-ci ». De plus, les organismes de réglementation des valeurs mobilières jouissent de l'expertise nécessaire pour s'occuper des violations des obligations d'information.

Autres dispositions d'information

Le paragraphe 9(4) exige une attestation d'exactitude de la part des vérificateurs ou des dirigeants. Toutefois, les vérificateurs travaillent souvent avec des échantillons et ne traitent que des inexactitudes importantes. Dans bien des cas, ils ne peuvent pas attester d'une exactitude absolue. Nous estimons que cette exigence devrait être modifiée de manière à exiger une attestation selon laquelle les renseignements semblent être exacts à tous égards importants.

À l'article 10, il pourrait être utile de prévoir un mécanisme par lequel une entité pourrait demander au ministre de substituer le rapport prévu par le rapport qu'elle a fait ou fera à l'étranger.

L'article 11 permet aux entités de fournir des rapports pour leurs filiales à 100 %, mais non pas pour les membres de leur groupe dont elles ne sont pas entièrement propriétaires. Cela a trait à la question du contrôle (article 4). Nous croyons qu'il serait approprié de permettre aux sociétés qui en « contrôlent » d'autres de produire des rapports au nom des sociétés contrôlées, même si elles n'en sont pas propriétaires à 100 %.

L'article 12 semble avoir une portée excessive, car on ignore les renseignements qui seront exigés par les règlements pris en application de l'alinéa 23(1)f).

La Loi ne précise pas non plus la façon de divulguer les paiements faits dans le cadre d'ententes de coentreprises.

Conservation de documents

L'article 14 oblige une société à fournir une vaste quantité de renseignements, sur arrêté du ministre. Nous croyons que cela est exagéré et pourrait forcer une entité à créer des éléments de preuve à partir desquels elle pourrait être poursuivie. L'article 14 de la Loi devrait plutôt refléter l'obligation énoncée à l'article 4 de la LCAPE.

En vertu du paragraphe 14(1), le ministre peut établir la période pour laquelle les entités doivent fournir des documents ou des renseignements afin qu'il vérifie si elles respectent la Loi. Sans ligne directrice, cela semble arbitraire et il pourrait être difficile de répondre selon l'entité et la période choisie par le ministre.

Pouvoirs de la personne désignée

L’alinéa 16(2)c) soulève la question des recherches sur ordinateur comportant l’accès à des données susceptibles d’être stockées dans d’autres pays. Nous sommes d’avis que cette question devrait être étudiée davantage, car les incidences en matière de compétence ne semblent pas complètes suivant la forme actuelle du projet de loi.

Le paragraphe 16(4) prescrit que l’on fournit à la personne désignée « les documents, les renseignements » qu’elle peut valablement exiger. La portée de cette disposition nous préoccupe, car elle ne prévoit pas les revendications du secret professionnel de l’avocat, la pertinence ou la proportionnalité et ne tient pas compte des frais de production, qui sont susceptibles d’être élevés.

L’article 21 ne renferme pas de disposition générale, comme le paragraphe 10(3) de la *Loi sur la concurrence*, prévoyant que les enquêtes sont conduites en privé. Il ne prévoit pas non plus de disposition garantissant que des renseignements ne seront pas communiqués à des tiers, sauf aux fins de l’administration ou de l’application de la Loi, comme le fait l’article 29 de la *Loi sur la concurrence*. Ces protections sont nécessaires et la Loi devrait expressément interdire la communication sous le régime de la *Loi sur l'accès à l'information*. Les renseignements à fournir en vertu de Loi seront sensibles sur le plan commercial. Lorsqu’elles se conforment à la Loi, les sociétés ne devraient pas risquer d’affaiblir leur position concurrentielle.

Infractions et peines

Le texte du paragraphe 24(3) nous préoccupe. Si une entité est structurée légitimement d’une manière qui l’empêche de communiquer les renseignements prescrits par la Loi, nous ne croyons pas qu’il devrait s’agir d’une infraction visée par la Loi.

Conclusion

Nous félicitons le gouvernement pour son engagement à l’égard de la transparence dans le secteur extractif et estimons que les objectifs du projet de loi sont louables. Nous sommes d’avis que si on y apporte les précisions susmentionnées, la Loi sera mieux en mesure d’atteindre ces objectifs.

Nous apprécions d’avoir eu l’occasion de formuler des commentaires sur cette partie du projet de loi C-43 et osons croire que nos commentaires sont utiles. Nous serions heureux de vous aider davantage.

Veuillez agréer l’expression de nos salutations distinguées.

(Lettre originale signée par Noah Arshinoff au nom Leah Fitzgerald, Stuart W. Chambers et Heather Innes)

Leah Fitzgerald Membre d'équipe anticorruption de l'ABC	Stuart W. Chambers Président, Section nationale du droit de l'environnement, de l'énergie et des ressources	Heather Innes Présidente, Association canadienne des conseillères juridiques d'entreprises
---	--	---

cc. M. James Rajotte, député, Président, Comité des finances FINA@parl.gc.ca