

LA LOI CANADIENNE SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

DOCUMENT DE CONSULTATION

EXIGENCES RELATIVES AU LIEU DE RÉSIDENCE

PARUTION : AOÛT 1995

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|---|----|
| SOMMAIRE | i |
| 1. INTRODUCTION | 1 |
| 2. EXIGENCES RELATIVES À LA RÉSIDENCE | 1 |
| 3. RÉSIDENCE DES ADMINISTRATEURS (articles 105(3), 114(3), 115(2)) | 3 |
| A. Historique | 3 |
| i. Commission royale d'enquête sur les perspectives économiques du Canada | 4 |
| ii. Le Rapport Watkins | 4 |
| iii. Rapport sur les investissements étrangers directs au Canada | 5 |
| iv. Le Rapport Dickerson | 6 |
| v. Modifications à la LCSA | 6 |
| B. Obligation de rendre compte de la société | 8 |
| i. Responsabilité des administrateurs | 8 |
| ii. Régie d'entreprise | 10 |
| iii. Signification d'avis et de documents juridiques | 10 |
| C. Application extraterritoriale des lois étrangères | 11 |
| i. Contexte | 11 |
| ii. Analyse - Conséquences sur les exigences relatives à la résidence de la LCSA | 13 |
| D. Lois provinciales | 14 |
| E. Convention unanime des actionnaires | 16 |
| F. Autres échappatoires | 17 |
| G. Les comités | 18 |
| H. Preuve de respect excessif | 19 |

| | | |
|----|---|----|
| I. | Mondialisation | 21 |
| | i. Investissements étrangers directs | 21 |
| | ii. Administrateurs étrangers et sociétés à vocation exportatrice | 23 |
| J. | Lois étrangères | 24 |
| K. | Exigences internationales | 26 |
| L. | Résumé | 27 |
| M. | Options | 28 |
| 4. | LIEU DE CONSERVATION DES LIVRES DE LA SOCIÉTÉ (art. 20) | 31 |
| | A. Contexte | 31 |
| | B. Recommandation | 32 |
| | C. Options | 32 |
| 5. | SIÈGE SOCIAL (art. 19) | 33 |
| | A. Contexte | 33 |
| | B. Recommandation | 33 |
| | C. Option | 33 |
| 6. | LIEU DES ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES (art. 132) | 33 |
| | A. Contexte | 33 |
| | B. Recommandation | 35 |
| | C. Options | 35 |

SOMMAIRE

EXIGENCES RELATIVES AU LIEU DE RÉSIDENCE

La *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (LCSA) fixe sept exigences relatives au lieu de résidence. Trois de ces exigences concernent la résidence des administrateurs, deux se rapportent à la conservation des registres, une concerne le siège social et la dernière touche les assemblées d'actionnaires. Les préoccupations exprimées gravitent principalement autour de la pertinence des exigences relatives à la résidence des administrateurs.

Exigences relatives au lieu de résidence des administrateurs

Deux des trois exigences relatives au lieu de résidence des administrateurs prévoient que, au sein du conseil d'administration et de chaque comité, la majorité des administrateurs doivent être des résidents canadiens. La troisième stipule que les administrateurs ne peuvent délibérer lors des réunions du conseil que si la majorité de ceux qui sont présents est constituée de résidents canadiens.

Ces règles ont été adoptées dans les années 70, à une époque où pendant des années les investissements étrangers directs n'avaient cessé d'augmenter. Elles visaient à garantir l'expression d'un point de vue canadien à toutes les réunions du conseil d'administration de sociétés placées sous le contrôle de non-résidents canadiens. De plus, on estimait que les exigences relatives à la résidence garantiraient la présence d'administrateurs locaux pour répondre des dettes non réglées.

La crainte d'une application extra-territoriale de lois étrangères était également une raison d'ajouter ces exigences à la LCSA. Pendant les années 70, les États-Unis ont essayé d'appliquer leur loi intitulée *Trading With the Enemy Act* à certaines filiales canadiennes afin de leur interdire tout commerce avec Cuba. On croyait alors, qu'en imposant une majorité de résidents canadiens au conseil d'administration de filiales américaines, on pourrait prémunir ces filiales contre l'application extra-territoriale de la loi américaine. L'interdiction du commerce avec Cuba a été modifiée en 1992 et axée sur la propriété des filiales et non sur la composition du conseil d'administration. L'exigence de la majorité canadienne ne semble plus avoir aucune influence sur l'assujettissement de filiales à l'application extra-territoriale des lois américaines.

Par ailleurs, il est possible pour une société de se soustraire aux exigences relatives au lieu de résidence en se constituant sous le régime d'une des quatre provinces qui n'imposent pas cette règle. Une société peut, en effet, se constituer sous le régime d'une de ces provinces, exercer ses activités dans l'ensemble du Canada et à la fois ignorer la volonté de l'expression d'une opinion canadienne dans les décisions de l'entreprise et échapper à la tentative d'accroître de la responsabilité des administrateurs.

De plus, les exigences relatives au lieu de résidence des administrateurs peuvent être contournées par une convention unanime d'actionnaires. Dans une telle convention, les actionnaires peuvent se transférer à eux-mêmes les fonctions de gestion et de supervision de la gestion de la société. Dans ce cas, le nombre de Canadiens que compte le conseil perd sa pertinence. Ceux-ci n'ont plus aucune influence sur les décisions de la société. On ne sait pas clairement si cette disposition peut, dans les faits, décharger les administrateurs de responsabilités que leur confèrent des lois autres que la LCSA; les tribunaux n'ont pas encore tranché cette question.

La nomination d'administrateurs qui ont tout intérêt à faire prévaloir les objectifs de la société mère est une autre manière de se dérober à l'intention qui sert de base à cette disposition. Il n'est pas difficile de nommer au conseil d'administration des personnes qui ont partie liée avec la société, telles que des fournisseurs de pièces, des avocats, des comptables, etc. Ces personnes peuvent avoir tout intérêt à exaucer les vœux de la société mère.

En revanche, on craint fortement que l'abrogation des exigences relatives au lieu de résidence puisse diminuer l'obligation de rendre compte des administrateurs. Les administrateurs peuvent être tenus responsables en vertu de centaines de dispositions législatives fédérales et provinciales. La possibilité de faire respecter ces dispositions est nettement plus grande lorsque les administrateurs sont des résidents et des citoyens du Canada et qu'il est possible de saisir localement des biens en exécution d'une décision de justice.

Les autorités réglementaires fédérales ont soulevé des préoccupations devant les modifications de la règle de résidence des administrateurs. On a laissé entendre que le fait d'engager la responsabilité de résidents canadiens tend à inciter les administrateurs à se conformer à la loi. L'élimination pure et simple des exigences relatives au lieu de résidence pourrait atténuer la garantie que les sociétés étrangères se conforment aux lois canadiennes.

Les autorités réglementaires fédérales ont aussi dit craindre que l'élimination des exigences de résidence puisse nuire à l'aptitude du gouvernement à recouvrer l'impôt sur le revenu, la TPS, les salaires et les dettes en souffrance et d'autres montants dans des circonstances dont les administrateurs ont à répondre. Il faudrait qu'au moins quelques administrateurs soient assujettis à la loi canadienne et puissent être tenus responsables en cas de manquement, ou il devrait y avoir une solution de rechange acceptable et opérationnelle, qui pourrait être un système de cautionnement ou de garantie. Les autorités réglementaires provinciales partagent probablement cette opinion.

Malgré cela, un certain nombre d'arguments militent en faveur d'un assouplissement des exigences relatives au lieu de résidence, que ce soit par le nombre de résidents canadiens au conseil d'administration ou dans ses comités ou autrement. Une telle mesure pourrait :

- ! laisser plus de souplesse d'action aux sociétés;

- ! permettre aux sociétés de nommer les personnes les plus qualifiées à leur conseil d'administration;
- ! faciliter aux sociétés canadiennes exportatrices leur expansion commerciale sur des marchés étrangers grâce à l'ouverture de leurs conseils à plus d'étrangers;
- ! éliminer l'incitation à la constitution ou à la prorogation des sociétés sous le régime de lois provinciales qui n'imposent pas la règle de résidence;
- ! alléger le fardeau réglementaire imposé aux sociétés.

Les options à prendre en considération sont les suivantes :

- 1- maintenir les exigences actuelles;
- 2- maintenir l'exigence de la majorité de citoyens canadiens au conseil d'administration tout en éliminant la règle du quorum du conseil et la règle de résidence pour les comités;
- 3- exiger que la majorité des administrateurs soient des résidents du Canada (sans imposer la citoyenneté) et éliminer les règles régissant le quorum et les comités;
- 4- diminuer l'exigence de résidence à une proportion de 25 pour cent des administrateurs et éliminer les règles régissant le quorum et les comités;
- 5- ramener l'exigence de résidence des administrateurs à un seul résident canadien et éliminer les règles régissant le quorum et les comités;
- 6- ramener l'exigence de résidence des administrateurs à un seul administrateur résident (sans imposer la citoyenneté) et éliminer les règles régissant le quorum et les comités;
- 7- permettre aux sociétés de choisir entre la soumission à l'exigence de résidence et le dépôt d'un cautionnement ou la constitution de toute autre forme de garantie acceptable. Éliminer également les règles régissant le quorum et les comités;
- 8- permettre aux sociétés de choisir entre l'application de l'exigence de résidence et la soumission irrévocable par des administrateurs étrangers ou non-résidents canadiens aux tribunaux canadiens;
- 9- éliminer les exigences relatives au lieu de résidence et instaurer à leur place une clause portant sur l'intérêt de la collectivité qui stipulerait que les conseils d'administration doivent prendre en considération les intérêts de toutes les parties;
- 10- éliminer les exigences relatives au lieu de résidence.

Lieu de conservation des livres

La LCSA exige actuellement que certains livres de l'entreprise et des livres comptables adéquats soient conservés au Canada. Certaines sociétés canadiennes veulent cependant profiter des services d'archivage offerts à l'étranger, et notamment aux États-Unis. Récemment, l'Ontario a adopté un projet de loi qui permet aux sociétés de régime provincial de conserver les livres des sociétés et registres de leurs administrateurs ailleurs qu'au siège social. Ces documents doivent être disponibles pour consultation pendant les heures normales de bureau au siège social au moyen d'un terminal d'ordinateur ou par d'autres moyens électroniques. Nous préconisons l'adoption des mêmes dispositions sous le régime de la LCSA.

Siège social

Actuellement, une société constituée sous le régime de la LCSA doit avoir un siège social au Canada. Nous proposons de maintenir cette disposition afin d'assurer qu'existe localement un lieu où livrer des documents juridiques et signifier les avis.

Lieu des assemblées d'actionnaires

La LCSA dispose que les assemblées des actionnaires doivent être tenues au Canada, à moins que les actionnaires habiles à y voter ne s'entendent unanimement pour se réunir à l'étranger. Nous proposons aussi de permettre la tenue d'assemblées à l'étranger si le lieu prévu de l'assemblée est précisé dans les statuts constitutifs de la société.

Les recommandations contenues dans le document de consultation ne constituent d'aucune manière une politique du gouvernement ni même du ministère. Ce sont plutôt des idées qui ont en grande partie été dégagées de discussions avec des parties intéressés dans tout le pays. Ce document et les consultations qui s'ensuivront visent à susciter de nouvelles idées sur la manière d'améliorer les règles de lieu régissant les sociétés. Toutes les suggestions seront prises en considération.

LA LOI CANADIENNE SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

EXIGENCES RELATIVES AU LIEU DE RÉSIDENCE

1. INTRODUCTION

[1] La *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (LCSA) exige actuellement que le conseil d'administration se compose en majorité de résidents canadiens. Cette exigence a été adoptée dans les années 1970 après une augmentation marquée de l'investissement étranger direct au cours des 50 dernières années. À la suite de cette augmentation de l'investissement étranger direct, l'indépendance économique du Canada a été remise en question par le gouvernement fédéral. Or, certains membres du monde des affaires ont fait valoir que l'exigence relative à la résidence empêche les sociétés canadiennes à vocation mondiale de pénétrer les marchés étrangers. D'autres ajoutent que cette exigence peut également restreindre la venue d'investissements au Canada. De plus, il se peut que les investisseurs qui pensent que ces exigences réduisent leur pouvoir décisionnel dans leur société aient tendance à rechercher d'autres pays, provinces ou États où les règles sont plus intéressantes pour eux.

[2] Selon d'autres encore, les exigences relatives à la résidence qui figurent dans la LCSA présentent des avantages considérables. Les exigences relatives au lieu de résidence peuvent aider les entreprises dont le contrôle est détenu à l'étranger à mieux comprendre l'environnement économique, politique et social du Canada. Si les exigences devaient être abaissées, voire supprimées, la capacité du gouvernement fédéral de recouvrer les impôts et les retenues à la source impayés s'en trouverait réduite. Il semble que les exigences sont essentielles afin d'encourager le conseil d'administration à assurer le respect de la loi. Les exigences sont également essentielles lorsque vient le temps d'exécuter des droits et obligations qui découlent, de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ainsi que de toute autre loi qui touche à la responsabilité des administrateurs.

[3] Outre cette question de résidence des administrateurs, les sociétés signalent que l'on pourrait faire des économies et accroître les investissements si l'on cessait d'exiger que les livres de la société soient conservés au Canada. D'autres prétendent que dans le marché mondial que nous connaissons actuellement, la LCSA restreint leurs opérations en exigeant inutilement que les assemblées d'actionnaires soient tenues au Canada.

2. EXIGENCES RELATIVES À LA RÉSIDENCE

[4] La LCSA impose sept exigences en matière de résidence. Trois d'entre elles concernent la résidence des administrateurs, deux, le lieu de conservation des livres de la société, une, le lieu du siège social et la dernière, le lieu des assemblées d'actionnaires. Elles sont énumérées ci-après.

Résidence des administrateurs

1. Le conseil d'administration d'une société régie par la LCSA doit se composer en majorité de résidents canadiens¹.
2. Les administrateurs ne peuvent délibérer lors des réunions que si la majorité des administrateurs présents est constituée de résidents canadiens².
3. Tout comité du conseil d'administration doit se composer en majorité de résidents canadiens³.

[5] Pour ces trois exigences, la LCSA définit un «résident canadien» comme le citoyen canadien résidant au Canada ou, dans certains cas, le non-résident canadien ou le résident permanent (récent)⁴.

Livres de la société

4. Aux termes de la LCSA, les livres de la société où figurent
 - a) les statuts et les règlements administratifs,
 - b) les procès-verbaux des assemblées et les résolutions des actionnaires,
 - c) un exemplaire de la liste des administrateurs et de l'avis de changement,

¹ *Loi canadienne sur les sociétés par actions (LCSA)*, L.R.C. (1985), c. C-44, art. 105(3). L'article 105(4) prévoit une exception pour les sociétés mères qui gagnent moins de cinq pour cent de leurs revenus bruts au Canada. Dans ces cas, il suffit qu'un tiers des administrateurs soient des résidents canadiens.

² Art. 114(3) LCSA.

³ Art. 115(2) LCSA. L'art. 115(1) prévoit aussi que lorsque les pouvoirs du conseil ont été délégués à un comité du conseil d'administration ou à un administrateur-gérant, la majorité des membres du comité ou l'administrateur-gérant doivent être des résidents canadiens.

⁴ Le terme «résident canadien» est défini comme suit à l'article 2 de la LCSA :

- a) le citoyen canadien résidant habituellement au Canada;
- b) le citoyen canadien qui ne réside pas habituellement au Canada, mais fait partie d'une catégorie prescrite de personnes;
- c) un résident permanent, au sens la *Loi sur l'immigration*, résidant habituellement au Canada, à l'exclusion d'un résident permanent ayant résidé de façon habituelle au Canada pendant plus d'un an après avoir acquis pour la première fois le droit de demander la citoyenneté canadienne.

Aux fins du paragraphe b), l'article 11 du Règlement de la LCSA énumère certains Canadiens non résidents (par ex. des fonctionnaires) comme membres d'une catégorie prescrite.

d) le registre des valeurs mobilières,
doivent être conservés au Canada⁵.

5. Dans le cas d'une société dont les livres (y compris les livres comptables) sont tenus à l'étranger, «des livres permettant aux administrateurs d'en vérifier tous les trimestres, avec une précision suffisante, la situation financière» doivent pouvoir être consultés au Canada⁶.

Siège social

6. La société doit avoir un siège social au Canada⁷.

Assemblées d'actionnaires

7. Les assemblées d'actionnaires doivent se tenir au Canada, à moins que les actionnaires ne consentent à l'unanimité à tenir l'assemblée à l'étranger⁸.

3. RÉSIDENCE DES ADMINISTRATEURS (articles 105(3), 114(3), 115(2))

A. Historique

[6] Les premières lois fédérales régissant les sociétés par actions comportaient des exigences relatives à la citoyenneté et à la résidence. Dès 1902, la plupart de ces exigences avaient été abrogées (voir page 1, annexe A). En 1975, les dispositions de la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes* (LCCC) relatives à la résidence des administrateurs étaient adoptées dans le cadre d'une initiative fédérale plus vaste visant à promouvoir la propriété et le contrôle canadiens de l'économie.

[7] Les dispositions en matière de résidence adoptées en 1975 visaient à tenir compte des préoccupations issues de l'accroissement de l'investissement étranger direct au Canada, investissement qui avait commencé, en grande partie, pendant les années 1920 et qui avait augmenté de façon spectaculaire après la Deuxième guerre mondiale.

⁵ Soit au siège social (qui doit se trouver au Canada) ou en tout autre lieu au Canada : art. 20(1) LCSA.

⁶ Aussi, soit au siège social (qui doit se trouver au Canada) ou en tout autre lieu au Canada : art. 20(5) LCSA.

⁷ Art. 19(1) LCSA.

⁸ Art. 132 LCSA.

[8] À partir des années 1950, plusieurs études ont été faites sur la question de l'investissement étranger au Canada. Bon nombre de ces études renfermaient des recommandations visant à inclure une disposition relative à la résidence des administrateurs dans les lois sur les sociétés par actions.

i. Commission royale d'enquête sur les perspectives économiques du Canada

[9] En 1957, la Commission royale d'enquête sur les perspectives économiques du Canada signalait ce qui suit :

(...) Au cours des audiences que nous avons tenues, on s'est dit inquiet de ce que notre appareil productif dépend en grande mesure de l'étranger, surtout des Américains. Une foule de Canadiens se tourmentent à la pensée qu'une aussi grande part de la direction économique du pays relève de l'étranger ou de sociétés canadiennes contrôlées par l'étranger. Cela tient à ce que les capitaux étrangers se concentrent dans certaines industries, appartiennent surtout à un même pays (les États-Unis) et, consistant en majorité en capital-actions, ne doivent tout probablement (dans le cours normal des choses) jamais être rapatriés. (...)

À la source de l'inquiétude des Canadiens se trouve sans doute un vieux et profond sentiment d'insécurité vis-à-vis des États-Unis, pays qui nous est un voisin amical mais combien plus grand et plus puissant que nous. On s'alarme à la pensée que notre économie s'intégrera forcément de plus en plus à celle des États-Unis à mesure que les capitaux américains occuperont une situation toujours plus prépondérante dans les secteurs dynamiques que sont l'extraction et la fabrication. On craint que cela ne mène à la domination économique du Canada par les États-Unis et, éventuellement, à la perte de son indépendance politique. Cette crainte influe dans une certaine mesure sur le climat politique de la vie canadienne [1957]⁹.

[10] L'une des propositions de la Commission royale d'enquête était que les sociétés étrangères «devraient nommer des Canadiens à leur conseil d'administration... Mettons une tranche de 20 à 25 p. 100»¹⁰.

ii. Le Rapport Watkins

[11] En 1968, le Rapport du groupe d'études *ad hoc* chargé d'étudier la structure de l'industrie canadienne (le Rapport Watkins) a été présenté au président du Conseil privé. À l'instar du rapport de la Commission royale d'enquête, le Rapport Watkins faisait état de l'augmentation de

⁹ Gouvernement du Canada, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les perspectives économiques du Canada*, rapport final, novembre 1957, à la p. 406.

¹⁰ *Ibid.*, à la p. 409.

l'investissement étranger direct et s'en inquiétait dans une certaine mesure, notamment dans les termes suivants :

Aucun autre pays cependant ne semble disposé à tolérer une importance aussi forte que celle que revêt l'investissement étranger au Canada¹¹.

[12] On y signalait aussi que :

Les incidents relatifs aux applications extraterritoriales des lois américaines et l'énoncé de directives applicables aux firmes responsables de l'investissement direct américain à l'étranger ont, de plus, suscité beaucoup d'inquiétudes au Canada et ont même entraîné la formulation d'un certain nombre de politiques nouvelles, en particulier de celle qui a trait aux «directives» que le Canada, de son côté, a émis à l'intention des filiales de sociétés étrangères¹².

[13] Le Rapport présentait la recommandation suivante :

Aussi est-il besoin de voir à ce que les Canadiens aient leur part de profits dans l'investissement direct étranger et qu'il y ait une présence canadienne dans la prise de décision chez les entreprises plurinationales¹³.

iii. Rapport sur les investissements étrangers directs au Canada

[14] En 1972, le gouvernement du Canada a publié le Rapport sur les investissements étrangers directs au Canada, où étaient formulées des propositions sur la politique en matière d'investissements étrangers. Les auteurs de ce document abordaient la question des administrateurs canadiens dans le cadre d'un certain nombre de propositions visant à améliorer le contrôle canadien sur l'investissement étranger.

[15] Sous la rubrique «Présence obligatoire d'administrateurs canadiens dans toutes les firmes sous contrôle étranger», le Rapport signalait ce qui suit :

(...) un certain nombre de pays attachent quelque importance à voir leurs nationaux élus au conseil d'administration des firmes sous contrôle étranger qui se trouvent sur leur territoire.

¹¹ Gouvernement du Canada, Bureau du Conseil privé, *Propriété étrangère et structure de l'industrie canadienne*, Rapport du groupe d'études *ad hoc* chargé d'étudier la structure de l'industrie canadienne, janvier 1968, à la p. 375.

¹² *Ibid.*, à la p. 398.

¹³ *Ibid.*, à la p. 429.

Il semble qu'on ait généralement le sentiment que cela aide la firme sous contrôle étranger à comprendre le milieu économique, politique et social du pays d'accueil et à mieux apprécier les caractères distinctifs de sa culture. Cela peut également avoir pour but d'aider la firme sous contrôle étranger à s'intégrer dans son milieu d'accueil et de lui permettre d'apporter une contribution plus efficace à l'économie locale.

La question se pose ainsi de savoir si l'on devrait exiger de toutes les firmes sous contrôle étranger qu'elles élisent à leur conseil d'administration une proportion minimum de citoyens canadiens résidant habituellement au Canada (disons la moitié) (...)¹⁴.

[16] Dans le Rapport, on affirmait qu'il pouvait exister d'autres moyens de parvenir à cet objectif en exigeant, comme condition de la constitution des sociétés, «qu'une proportion déterminée des administrateurs soient des citoyens canadiens résidant au Canada»¹⁵.

iv. Le Rapport Dickerson

[17] Malgré ces recommandations, les auteurs du Rapport Dickerson de 1971¹⁶, lequel a été à l'origine de l'adoption de la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes* [aujourd'hui appelée LCSA] en 1975, ont recommandé de ne pas imposer d'exigences relatives à la résidence des administrateurs. Dans le Rapport, les auteurs ont fait valoir que :

L'industrie canadienne étant ce qu'elle est, il semble futile d'imposer une règle générale exigeant que les administrateurs de corporations fédérales soient citoyens ou résidents canadiens. Si le gouvernement pense utile à sa politique de l'exiger pour un type particulier d'industrie, il devra le faire par législation spéciale¹⁷.

v. Modifications à la LCSA

[18] Malgré la recommandation du Rapport Dickerson, la LCSA prévoyait que les administrateurs et les membres présents à une réunion du conseil d'administration et de chaque comité du conseil devaient être, en majorité, des résidents canadiens. Les auteurs des «Notes techniques sur le projet de loi concernant les corporations commerciales canadiennes» se sont

¹⁴ *Investissements étrangers directs au Canada*, Gouvernement du Canada (1972), à la p. 575.

¹⁵ *Ibid.*, à la p. 575.

¹⁶ Robert W.V. Dickerson, John L. Howard, Leon Getz, *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, 2 vols. (Ottawa : Information Canada, 1971), Rapport Dickerson.

¹⁷ *Ibid.*, par. 201, à la p. 80.

exprimés ainsi sur la règle proposant que la majorité des administrateurs d'une société par actions soient des résidents canadiens :

Les principales initiatives du gouvernement dans ce domaine ont été la révision des lois affectant les intermédiaires financiers et certaines corporations ayant la mainmise sur les ressources du pays en vue de diminuer la propriété et le contrôle étrangers, et la présentation de la *Loi sur l'examen de l'investissement étranger* [adoptée en 1973]. Toutefois, il a été décidé que la loi sur les corporations pourrait étayer de façon utile les présentes dispositions en assurant que la position canadienne soit exprimée à toutes les assemblées et à tous les conseils d'administration de corporations sous le contrôle de personnes qui ne sont pas des résidents canadiens.¹⁸ [non souligné dans le texte original]

[19] Une exigence encore plus rigoureuse avait été proposée quelque temps auparavant. Le Projet de loi C-212, présenté en juillet 1973, prévoyait à l'origine que les dirigeants et autres cadres supérieurs d'une filiale canadienne ne seraient pas comptés pour déterminer s'il y avait une majorité de Canadiens au conseil. Ce projet de loi exigeait également que la majorité du conseil soit composée d'administrateurs externes¹⁹. Cependant, à cause du «nombre extraordinaire de critiques emportées et même véhémentes»²⁰, le gouvernement a retiré cette contrainte supplémentaire lorsqu'il a présenté le Projet de loi C-29, en octobre 1974.

[20] En vertu de la définition actuelle, il peut être satisfait à l'exigence relative à la résidence par le recours à des administrateurs internes, c'est-à-dire des dirigeants et des employés de la société et des personnes morales de son groupe. Ces membres du conseil, même s'ils sont canadiens, ont grandement intérêt, sur le plan pécuniaire (leur emploi, leur salaire), à se conformer à la politique de la société, qui peut être ou non dans l'intérêt «canadien».

[21] Il convient de se rappeler qu'en vertu des lois sur les sociétés par actions, les administrateurs sont tenus d'agir dans le meilleur intérêt de la société, mais pas nécessairement dans le meilleur intérêt du Canada ou de la collectivité. Les tribunaux ont reconnu qu'il était nécessaire que le conseil d'administration tienne compte des répercussions qu'auront ses décisions

¹⁸ Gouvernement du Canada, *Notes techniques sur le projet de loi concernant les corporations commerciales canadiennes*, 1975, à la p. 13.

¹⁹ On ne trouve aucune définition de l'expression «administrateur externe» dans la LCSA. Cependant, à l'art. 102, il est sous-entendu que cette expression s'entend de l'administrateur qui n'est pas un dirigeant ou un employé de la société ou des personnes morales du même groupe.

²⁰ Chambre des communes, M. Otto Lang, ministre de la Consommation et des Corporations, discours de deuxième lecture, compte rendu officiel des débats de la Chambre des communes, le 8 novembre 1974, à la p. 1203.

sur des tiers concernés, notamment la collectivité ou le pays où la société est exploitée²¹. Toutefois, le principe sous-jacent demeure que les administrateurs ne peuvent agir à l'encontre des intérêts de la société pour favoriser un groupe d'intérêt particulier.

B. Obligation de rendre compte de la société

i. Responsabilité des administrateurs

[22] Les exigences relatives à la résidence des administrateurs ont été intégrées dans la LCSA non seulement pour promouvoir les intérêts nationaux canadiens, mais aussi pour s'assurer que des administrateurs aient leur lieu de résidence au Canada et soient garants lorsque leur responsabilité est engagée. En 1972, le ministre de la Consommation et du Commerce de l'Ontario, J. T. Clement, a plaidé en faveur de l'adoption d'une exigence relative à la résidence des administrateurs dans la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario. Il a déclaré que :

[TRADUCTION] (...) selon mon expérience, (...) il faut avoir quelqu'un dans le territoire du pays en cause que vous puissiez appréhender au cas où il y aurait un manquement quelconque. Si des administrateurs de sociétés canadiennes ou ontariennes résidant aux États-Unis ou ailleurs, ont commis des infractions, peut-être même au *Code criminel*, mais qu'ils ne peuvent être extradés, il n'y a aucune façon pour que nous puissions les ramener ici pour qu'ils soient traduits en justice conformément aux exigences des lois²².

[23] Les lois sur les sociétés tentent de maintenir un juste équilibre entre les intérêts rivaux de la direction, des actionnaires, des employés et des créanciers. Pour ce faire, elles confèrent certains droits d'action contre les administrateurs. Mais ces droits ne sont utiles que s'ils peuvent être exécutés et s'il y a suffisamment d'éléments d'actif pour satisfaire à un jugement en cas de non-paiement. Un droit sans recours, ou du moins sans recours efficace, n'est pas d'une grande valeur. L'exigence relative à la résidence des administrateurs peut faciliter l'exécution des obligations légales, que ce soit dans le cas des lois sur les sociétés par actions ou pour toute autre loi.

[24] Les administrateurs peuvent voir leur responsabilité engagée en vertu de centaines de dispositions législatives, tant fédérales que provinciales. Toutefois, les administrateurs sont plus susceptibles de voir leur responsabilité engagée face aux lois fiscales (retenues à la source), aux lois en matière de normes d'emploi (salaires des employés) et aux lois en matière d'environnement. Selon certains juristes de la pratique privée ainsi que certains fonctionnaires du gouvernement, les exigences de résidence de la LCSA peuvent faciliter l'exécution des droits et obligations en vertu

²¹ Par exemple, voir *Teck Corporation Ltd. v. Millar* [1973] 2 W.W.R. 385 (C.S.C. - B.).

²² *Legislature of Ontario Debates*, J.T. Clement, ministre de la Consommation et du Commerce, le 27 novembre 1972, Official Report, à la p. 4855.

de ces lois et procurer également des éléments d'actif locaux pour satisfaire à un jugement. Les exigences sont efficaces en ce sens que la responsabilité personnelle associée aux résidents canadiens incite les conseils d'administration à respecter la loi. Les résidents canadiens dont la responsabilité personnelle peut éventuellement être mise en cause en cas de non-paiement des dettes par la société sont plus enclins à garantir que la société verse ce qu'elle doit, en temps voulu, notamment les retenues à la source. L'exigence relative au lieu de résidence peut encourager la conformité avec les lois.

[25] Les autorités réglementaires fédérales ont soulevé des préoccupations devant les modifications de la règle de résidence des administrateurs. On a laissé entendre que le fait d'engager la responsabilité de résidents canadiens tend à inciter les administrateurs à se conformer à la loi. L'élimination pure et simple des exigences relatives au lieu de résidence pourrait atténuer la garantie que les sociétés étrangères se conforment aux lois canadiennes.

[26] Les autorités réglementaires fédérales ont aussi dit craindre que l'élimination des exigences de résidence puisse nuire à l'aptitude du gouvernement à recouvrer l'impôt sur le revenu, la TPS, les salaires et les dettes en souffrance et d'autres montants dans des circonstances dont les administrateurs ont à répondre. Il faudrait qu'au moins quelques administrateurs soient assujettis à la loi canadienne et puissent être tenus responsables en cas de manquement, ou il devrait y avoir une solution de rechange acceptable et opérationnelle, qui pourrait être un système de cautionnement ou de garantie. Les autorités réglementaires provinciales partagent probablement cette opinion.

[27] Lorsque la responsabilité des administrateurs est conjointe et solidaire, par exemple, la responsabilité en matière de salaires en vertu de la LCSA, les organismes de réglementation et les demandeurs privés peuvent choisir de poursuivre les administrateurs locaux, quitte à ce que ceux-ci poursuivent, à leur tour, les administrateurs étrangers. Cette possibilité serait exclue s'il n'y avait pas d'administrateurs locaux.

[28] Outre la responsabilité des administrateurs, il convient de s'attarder sur la responsabilité des dirigeants, employés et mandataires de la société. Ces derniers peuvent voir leur responsabilité engagée en vertu d'autres lois, notamment des lois en matière d'environnement. Dans ces cas, le respect du droit des sociétés peut ne pas être lié à la présence d'administrateurs locaux tant et aussi longtemps que des dirigeants, employés ou mandataires résident au Canada.

[29] Toutefois, les responsabilités ne sont pas toujours les mêmes pour les administrateurs et les autres mandataires de la société. Par exemple, la responsabilité pour les salaires, les retenues à la source et à l'égard des créanciers, en vertu de la common law²³, n'incombe qu'aux

²³ Traditionnellement, la common law a grandement limité l'obligation fiduciaire et l'obligation de soin des administrateurs comme étant dues seulement à l'égard de la société. Dans d'autres pays de common law, on a augmenté le nombre de personnes à l'égard desquelles des obligations peuvent exister afin d'inclure les actionnaires et

administrateurs. C'est pourquoi, dans ces cas de responsabilité, le lieu de résidence des administrateurs peut avoir une grande importance. En outre, les dispositions concernant la responsabilité civile des administrateurs ont été ajoutées à la Loi de l'impôt sur le revenu à la suite des difficultés rencontrées lors de la mise en application de l'article 242 de cette loi. L'article 242 prévoit une responsabilité pénale pour les dirigeants, mandataires ainsi que les administrateurs si leur société commet une infraction à la Loi de l'impôt sur le revenu. Ainsi, certains ont laissé entendre que même si certaines des dispositions législatives prévoient la responsabilité de personnes autres que les administrateurs, ces dispositions ne sont toutefois pas adéquates.

[30] Quatre provinces, le Québec, la Nouvelle-Écosse, le Nouveau-Brunswick et l'Île-du-Prince-Édouard, n'ont pas d'exigences relatives au lieu de résidence des administrateurs. Parmi ces provinces, seul le Québec dispose d'un système distinct de recouvrement de l'impôt. Industrie Canada a récemment sous-traité une étude afin d'examiner l'incidence au Québec qu'a l'absence d'exigence de résidence sur le recouvrement des retenues à la source et des impôts impayés. Voici la conclusion de cette étude :

[TRADUCTION] Le risque posé par l'absence d'administrateurs canadiens du point de vue du recouvrement ne semble pas être perçu par le ministère du Revenu du Québec comme étant un problème considérable.

[31] Cette conclusion est nuancée par le fait que ce n'est qu'en 1992 que la *Loi sur le ministère du Revenu* a été modifiée pour rendre les administrateurs responsables des retenues à la source et taxes de vente provinciales impayées par la société. Entre 1986 et 1992, les administrateurs n'étaient responsables que des montants déduits ou perçus mais non remis. Ainsi, il n'est donc pas surprenant que le ministère n'ait pas beaucoup d'expérience dans le contentieux avec les administrateurs.

ii. Régie d'entreprise

[32] Même si l'exigence de résidence sert de base à des mécanismes de recouvrement et de respect des lois dont dispose l'État, on peut dire que cette exigence est contraire à la politique du droit des sociétés qui recherche une bonne régie d'entreprise pour les sociétés incorporées sous la LCSA. Les principes de bonne régie d'entreprise veulent que les administrateurs soient choisis, non pas en fonction de restrictions réglementaires mais plutôt pour apporter leurs compétences. Les actionnaires devraient être libres de chercher les personnes les mieux qualifiées pour traiter les questions liées à leur société sans être contraints de choisir les administrateurs principalement en fonction de leur lieu de résidence.

les créanciers lorsque la société est insolvable. On ne sait pas si les tribunaux canadiens sont prêts à suivre cette évolution qui se dessine dans d'autres pays.

iii. Signification d'avis et de documents juridiques

[33] Une autre question concerne la signification des procédures administratives et des actions en justice. Lorsque les administrateurs sont poursuivis personnellement, ils doivent aussi faire l'objet d'une signification. Sans l'exigence de résidence, certaines sociétés pourraient décider de ne pas nommer d'administrateurs résidents canadiens et, le cas échéant, la signification des administrateurs étrangers se révélera sans doute plus difficile qu'au Canada.

[34] Il existe plusieurs options pour la signification des avis et documents juridiques à un administrateur étranger. L'une d'elles consisterait à permettre que les documents lui soient signifiés au siège social de sa société au Canada.

[35] Une autre option se retrouve dans la *Corporations Law* d'Australie. Les sociétés étrangères qui sont enregistrées pour faire affaire en Australie doivent avoir un mandataire local²⁴. Le mandataire local doit non seulement accepter la signification des documents juridiques au nom de la société, mais il doit aussi [TRADUCTION] «répondre des actes et des faits que la société étrangère doit faire en vertu de la *Corporations Law*». L'agent peut aussi être tenu personnellement responsable d'une amende imposée à la société étrangère pour une infraction à la *Corporations Law*²⁵.

C. Application extraterritoriale des lois étrangères

i. Contexte

[36] L'introduction des exigences relatives à la résidence des administrateurs est aussi liée à l'application extraterritoriale des lois étrangères. Cette situation se produit lorsqu'un État revendique sa compétence à l'égard d'activités se déroulant en dehors de son territoire, mais ayant une incidence sur son économie ou d'autres intérêts²⁶.

[37] Le règlement intitulé *1963 Cuban Assets Control Regulations*²⁷, adopté en vertu de la *Trading with the Enemy Act* (États-Unis), interdisait aux filiales de sociétés américaines de faire du commerce avec Cuba (voir l'annexe D pour plus de détails). Toute personne qui contrevenait à une disposition de cette loi était passible d'amende ou d'emprisonnement.

²⁴ Art. 345 *Corporations Law* d'Australie.

²⁵ Art. 348 *Corporations Law* d'Australie.

²⁶ Investissement Canada, *L'extra-territorialité dans les années 1990*, Document de travail numéro 15, 1993, à la p. i.

²⁷ 31 C.F.R. 515.541.

[38] En 1974, cette loi visait quelques filiales canadiennes. Au printemps de 1974, le gouvernement américain semblait être sur le point de bloquer une vente de locomotives à Cuba par MLW Worthington Ltd. de Montréal, une filiale de Studebaker-Worthington de Harrison (New Jersey)²⁸. On a prétendu que les deux administrateurs américains du conseil d'administration de la filiale qui avaient voté contre la vente avaient seulement cherché à faire respecter la loi américaine.

[39] Dans une autre affaire, en décembre 1974, une filiale canadienne de fabrication, la division Cole de Litton Business Equipment Ltd., n'avait pu exécuter une commande de meubles destinés à Cuba. À l'époque, les administrateurs de la filiale canadienne de Litton étaient des citoyens et résidents américains. Apparemment, Washington ne s'était pas opposé à la transaction mais comme la société mère, Litton Business Equipment Ltd., dépendait beaucoup de contrats avec la Défense américaine, elle avait choisi d'interpréter la loi de façon littérale pour ne pas risquer de froisser Washington²⁹.

[40] Ces deux affaires ont été évoquées au moment de l'étude du projet de loi de la LCSA. D'après un article de journal, les dispositions de la LCSA relatives à la résidence des administrateurs étaient proposées à cause de l'affaire Worthington. Dans l'article, l'auteur affirmait également que ces règles relatives à la résidence allaient faire échec à l'application des lois étrangères dans des situations semblables à celles de l'affaire Litton³⁰.

[41] À la suite de modifications apportées aux règlements américains en 1975 et 1977³¹, le commerce entre les entreprises américaines (ou sous contrôle américain) et Cuba a été autorisé [TRADUCTION] «lorsque la loi locale l'oblige, ou lorsque la politique du pays tiers est favorable au commerce avec Cuba». Cependant, plusieurs conditions ont été imposées. L'une d'entre elles était que [TRADUCTION] «la société du même groupe doit être généralement indépendante dans les opérations pour lesquelles le permis est demandé, notamment sur le plan de la prise de décisions, de l'acceptation des risques, des négociations, du financement ou du montage financier et du rendement»³². La résidence des administrateurs du conseil de la filiale peut avoir eu une incidence sur la question de savoir si la filiale était «généralement indépendante» et dotée d'un «pouvoir décisionnel» indépendant. Ainsi, la composition du conseil et la nécessité d'avoir un

²⁸ «Ottawa to fight ban on Canadian sale to Cuba», *The Globe and Mail*, le 24 décembre 1974, aux pp. 1 et 2.

²⁹ *Time*, *The Weekly Magazine*, vol. 105, no. 1, à la p. 35, le 6 janvier 1975.

³⁰ «Ottawa to fight ban on Canadian sale to Cuba», *The Globe and Mail*, le 24 décembre 1974, à la p. 2.

³¹ 31 C. F. R. 515.559(b).

³² Al. 515.559(d).

conseil majoritairement canadien a pu influencer sur l'application de cette loi américaine à une filiale canadienne d'une société américaine.

[42] La *Cuban Democracy Act of 1992*, adoptée le 23 octobre 1992³³, a abrogé, en grande partie, les règlements de 1975 et 1977 qui autorisaient les filiales américaines à entretenir des relations commerciales avec Cuba. Ce règlement plus restrictif interdit à toute [TRADUCTION] «entreprise américaine ou sous contrôle américain» ou à tout dirigeant, administrateur ou mandataire de la filiale de faire affaire avec Cuba³⁴. L'expression «entreprise américaine ou sous contrôle américain» ne semble pas définie mais concerne la propriété de la société plutôt que la structure du conseil.

[43] Les gouvernements du Canada, de Cuba et du Royaume-Uni, ainsi que la Communauté européenne, les Nations Unies et d'autres encore ont exprimé leurs objections à cette loi. En réponse à la *Cuban Democracy Act of 1992*, un arrêté a été pris conformément à la *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères*³⁵ («LMEE») canadienne. Promulguée en 1984, la LMEE a été décrite comme [TRADUCTION] «une loi remarquable, l'aboutissement d'une frustration souvent exprimée que les Canadiens ont vécue à cause de l'application extraterritoriale des lois américaines au Canada»³⁶.

[44] En vertu de la LMEE, le procureur général du Canada peut prendre un arrêté protégeant les intérêts canadiens contre des lois extraterritoriales étrangères. Les arrêtés peuvent être sanctionnés au moyen de procédures criminelles. Les peines maximales, en cas de non-respect de l'arrêté du procureur général, sont de 10 000 \$ ou de 5 ans d'emprisonnement.

[45] En 1992, le procureur général a pris un arrêté³⁷ en vertu de l'article 5 visant à annuler l'effet de la *Cuban Democracy Act of 1992*. L'efficacité de cet arrêté a, toutefois, été mise en doute³⁸. Un certain nombre d'enquêtes ont été confiées à la GRC, mais aucune poursuite n'a été intentée.

ii. Analyse - Conséquences sur les exigences relatives à la résidence de la LCSA

³³ Titre XVII de la *National Defense Authorization Act* pour l'exercice 1993, Public Law 102-484, art. 1701 à 1712.

³⁴ 31 C. F. R. 519.559(a).

³⁵ L. R. C. (1985), c. F-29.

³⁶ Graham, «The Foreign Extraterritorial Measures Act» (1986) 11 Can. Bus. L. J. 410, à la p. 410.

³⁷ DORS\92-584.

³⁸ Voir discussion à l'annexe D.

[46] Dans quelques cas exceptionnels, l'application d'une loi étrangère peut dépendre de la résidence des administrateurs. En général, toutefois, la compétence est fondée sur la propriété et le contrôle des filiales, et non sur leur gestion. Depuis l'adoption de la *Cuban Democracy Act of 1992*, les lois américaines relatives au commerce avec Cuba, qui représentent la partie la plus difficile du contentieux extraterritorial entre le Canada et les États-Unis, n'ont à l'évidence pas été appliquées en fonction de la résidence des administrateurs. Cette loi interdit à une entreprise américaine, ou sous contrôle américain, de faire du commerce avec Cuba. Cette expression ne semble pas être définie mais vise la propriété de la société plutôt que la structure de son conseil d'administration.

D. Lois provinciales

[47] Au Canada, six lois provinciales sur les sociétés contiennent des exigences relatives à la résidence des administrateurs³⁹. Cinq de ces lois provinciales ont des dispositions semblables à celles de la LCSA, et exigent que la majorité des administrateurs soient «résidents canadiens». Il s'agit des lois sur les sociétés de l'Ontario⁴⁰, de l'Alberta⁴¹, de la Saskatchewan⁴², du Manitoba, et de Terre-Neuve.

[48] La *Company Act* de la Colombie-Britannique exige simplement que la majorité des administrateurs soient [TRADUCTION] «des personnes qui résident habituellement au

³⁹ Plusieurs autres lois fédérales, comme la *Loi sur les banques*, dans certains secteurs de l'économie exigent que les deux tiers des administrateurs soient résidents canadiens. La *Loi sur les banques*, L.C., 1991, c. 46, prévoit que :

La moitié au moins des administrateurs de la filiale d'une banque étrangère et les trois quarts au moins des administrateurs de toute autre banque doivent avoir la citoyenneté canadienne, au moment de l'élection des administrateurs.

Des dispositions semblables existent dans la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, L.C., 1991, c. 45, la *Loi sur les sociétés d'assurances*, L.C., 1991, c. 47 et la *Loi sur les associations coopératives de crédit*, L.C., 1991, c. 48. Ces lois s'appliquent toutefois à des sociétés financières précises, comme les banques, et ne sont pas pertinentes à notre discussion.

⁴⁰ L'Ontario a été la première juridiction à adopter une exigence relative à la résidence des administrateurs. Celle-ci est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1972.

⁴¹ Voir l'annexe A pour l'historique législatif de l'adoption d'une exigence relative à la résidence des administrateurs dans les provinces de l'Ontario et de l'Alberta.

⁴² L'article 100(3) de la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan exige que la majorité des administrateurs soient résidents canadiens. L'article 100(3.1) précise que si aucun des administrateurs ne réside en Saskatchewan, la société doit nommer un procureur conformément à l'art. 268 et respecter cet article comme si elle était une société extra-provinciale.

Canada»⁴³. De plus, la Colombie-Britannique exige qu'au moins un des administrateurs réside dans la province⁴⁴.

[49] Par ailleurs, le Québec et les trois provinces Maritimes n'imposent aucune exigence relative au lieu de résidence des administrateurs⁴⁵. Les sociétés peuvent se constituer dans ces provinces et faire affaire partout au Canada. Elles peuvent ainsi se soustraire aux exigences en matière de résidence prévues dans la LCSA. Pour une nouvelle société, il n'y a pas de coût additionnel à se constituer dans ces régions, plutôt qu'au palier fédéral. En ce qui a trait aux sociétés déjà constituées sous le régime de la LCSA, elles sont exposées à des frais, notamment légaux, liés à la prorogation sous le régime des lois des Maritimes ou du Québec.

[50] Nous avons appris que certaines sociétés étrangères se sont constituées dans les Maritimes pour se soustraire aux exigences relatives à la résidence de la LCSA. Elles auraient agi ainsi pour conserver un fort pourcentage d'administrateurs étrangers dans leur conseil d'administration -- ne voulant pas d'un conseil qui compterait plus de 50 % d'administrateurs résidents canadiens.

[51] Toutefois, rien ne laisse croire qu'un grand nombre de sociétés, constituées sous le régime de la LCSA, se prorogent au Québec ou dans les Maritimes pour se soustraire aux exigences relatives à la résidence des administrateurs. Comme le montre le tableau 1, l'adoption de telles exigences n'a pas causé une réduction importante de constitution de nouvelles sociétés ou de prorogation sous des régimes autres que ceux de la LCSA ou des lois sur les sociétés des six provinces qui imposent des exigences relatives à la résidence. Peut-être est-ce dû au fait qu'une société mère d'une filiale en propriété exclusive peut se soustraire efficacement à l'exigence relative à la résidence par le biais d'une convention unanime des actionnaires.

⁴³ Art. 133(1) *Company Act*, Colombie-Britannique.

⁴⁴ Art. 133(2) *Company Act*, Colombie-Britannique. La Saskatchewan a abrogé une disposition semblable en 1992.

⁴⁵ La *Loi sur les sociétés par actions* du Yukon et la *Loi sur les compagnies des Territoires du Nord-Ouest* n'ont pas d'exigences en matière de résidence des administrateurs.

**Constitutions en société au Canada
(1975, 1985, 1994)⁴⁶**

Tableau 1

| | 1975 | 1985 | 1994 ⁴⁷ |
|--|------|------|--------------------|
| Lois comportant des exigences en matière de résidence (Fédéral, C.-B., Alb., Sask., Man., Ont., T.-N.) | 78 % | 81 % | 78 % |
| Lois ne comportant pas d'exigences en matière de résidence (Qué., N.-É., N.-B., Î.-P.-É.) | 22 % | 19 % | 22 % |

E. Convention unanime des actionnaires

[52] Grâce à une convention unanime des actionnaires⁴⁸, les actionnaires peuvent restreindre les pouvoirs des administrateurs de gérer et de surveiller la gestion de la société. En vertu d'une telle convention, les actionnaires s'arrogent les pouvoirs des administrateurs. On doit noter que l'article 146(5) de la LCSA permet que les administrateurs soient relevés de leurs obligations et leurs responsabilités dans la mesure où les droits, les pouvoirs et les obligations ont été transférés aux actionnaires. Il semble clair que les administrateurs soient au moins relevés des responsabilités contenues dans la LCSA.

[53] Toutefois, il n'est pas aussi clair de savoir si cette disposition peut exonérer les administrateurs de leurs responsabilités sous des lois autres que la LCSA. La plupart des lois qui imposent des responsabilités aux administrateurs requiert un certain degré de participation active dans l'acte fautif, ou à tout le moins, un manquement de diligence dans la façon d'agir qui aurait pu prévenir l'acte fautif. Ceci démontrerait qu'une personne de paille agissant à titre d'administrateur (c.-à-d. sans pouvoir ni responsabilité réel) pourrait avoir du succès lors d'une défense qui serait basée sur une argumentation faisant valoir que l'obligation d'agir avec diligence présuppose d'avoir en main tout les pouvoirs liés à ces obligations. Cependant, à notre connaissance, il n'existe aucun jugement de cette nature.

⁴⁶ R. J. Daniels. *Should Provinces Compete? "The Case for a Competitive Corporate Law Market"*, *McGill Law Journal*, vol. 36, 1991, à la p. 158.

⁴⁷ Les données de 1994 ont été compilées en avril 1994 par le gouvernement de l'Î.-P.-É. pour le compte de l'Association canadienne des administrateurs de lois sur les corporations.

⁴⁸ Art. 146(2) LCSA.

[54] L'exigence relative au lieu de résidence, qui vise essentiellement à donner aux résidents canadiens leur mot à dire dans les décisions des sociétés, peut, par conséquent, être contournée par des filiales en propriété exclusive au Canada, ou du moins par les sociétés mères. Ainsi, bon nombre de sociétés visées par l'exigence relative au lieu de résidence peuvent s'y dérober. Avec une convention unanime des actionnaires, un conseil d'administration canadien est toujours exigé (composé d'une majorité de résidents canadiens) même si tous les pouvoirs du conseil ont été transférés aux actionnaires.

[55] Au Canada, parmi les 500 plus importantes entreprises selon le *Financial Post* en 1994 :

- ! 238 sociétés (47,6 %) sont constituées sous le régime de la LCSA⁴⁹;
- ! 114 de ces 238 sociétés (47,9 %) sont étrangères;
- ! 82 de ces 114 sociétés étrangères (71,9 %) sont des sociétés en propriété exclusive.

[56] Donc, parmi les 238 sociétés constituées sous le régime de la LCSA qui figurent parmi les 500 plus grandes entreprises du *Financial Post*, plus du tiers (34,4 %) sont des filiales en propriété exclusive de sociétés étrangères. Ces sociétés constituées sous le régime de la LCSA ont produit plus de 87 milliards de dollars de recettes dans l'économie canadienne.

[57] Nous n'avons pas de données statistiques qui permettent de savoir dans quelle mesure les sociétés privées, petites ou grandes, ont recours aux conventions unanimes des actionnaires. Toutefois, nous savons que les conventions unanimes des actionnaires sont utilisées⁵⁰.

F. Autres échappatoires

[58] Outre le recours à la convention unanime des actionnaires, les sociétés mères peuvent également nommer des prête-noms ou des personnes de paille comme administrateurs ou choisir [TRADUCTION] «comme administrateurs des Canadiens qui ne satisfont pas au critère nationaliste visé par les rédacteurs de la loi»⁵¹. Il est relativement facile de nommer comme administrateurs des personnes étroitement liées à la société, comme des fournisseurs de pièces, des avocats, des comptables, etc. Ces personnes ont tout intérêt à aller dans le même sens que la société mère.

⁴⁹ Si on exclut des 500 plus grandes entreprises du *Financial Post* les sociétés de l'État et les coopératives, les sociétés constituées sous le régime de la LCSA comptent pour 51,9 % des sociétés restantes.

⁵⁰ Industrie Canada prépare actuellement un document de consultation sur les conventions unanimes des actionnaires.

⁵¹ Francis H. Buckley. *Corporations Principles and Policies*, 2nd ed. (Toronto : Edmond Montgomery, 1988), à la p. 372.

[59] Ce problème a été soulevé au cours de discussions qui ont eu lieu, au début des années 1970, sur les questions de résidence. En 1972, au cours de la deuxième lecture du projet de loi modifiant la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario afin d'exiger la présence d'une majorité de résidents canadiens à un conseil d'administration, un membre de la Législature de l'Ontario a déclaré :

[TRADUCTION] (...) il s'agit là d'un geste tout à fait dénué de sens; il n'est pas difficile du tout pour des Américains, ou d'autres étrangers, de garder le contrôle sur les sociétés ontariennes. Rien de plus facile au monde que d'avoir des administrateurs canadiens pour la forme (...)⁵².

[60] Le gouvernement fédéral l'a aussi reconnu dans son rapport de 1972 sur les Investissements étrangers directs au Canada. Le rapport énonce que :

L'élection d'administrateurs canadiens n'est pas en elle-même une mesure d'une grande importance. L'administrateur canadien peut n'être simplement que l'homme de paille de la direction de la compagnie mère, mais il peut occuper aussi une position solide et indépendante⁵³.

[61] En 1985, le rapport de la Commission MacDonald fait ressortir que :

Ces lois fédérales et provinciales sur les sociétés n'imposent cependant pas de devoirs ou d'exigences particulières aux directeurs canadiens pour assurer que, dans l'entreprise, les décisions sont prises en tenant compte du point de vue canadien plutôt qu'étranger⁵⁴.

[62] En effet, comme nous l'avons mentionné auparavant, aux termes du droit des sociétés, les administrateurs doivent agir dans le meilleur intérêt de la société, pas nécessairement dans le meilleur intérêt du Canada ou de la collectivité.

⁵² *Legislature of Ontario Debates*, M. V. M. Singer, M.P. Downsview, le 27 novembre 1972, *Official Report*, à la p. 4848.

⁵³ *Investissements étrangers directs au Canada*, publié par le gouvernement du Canada, 1972, à la p. 576.

⁵⁴ *Commission royale d'enquête sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada*, 3 vols., 1985, vol. 2 à la p. 266. Le rapport recommandait en outre «qu'il faudrait modifier la législation actuelle sur les sociétés pour y ajouter des dispositions obligeant les directeurs canadiens à donner aux intérêts canadiens une considération sérieuse et continue, lorsqu'ils prennent des décisions importantes qui concernent leur société».

G. Les comités

[63] Les mécanismes susmentionnés s'appliquent aux membres de comités établis pour effectuer des tâches précises, par ex. le comité de vérification. De plus, les comités ne sont même pas assujettis à une exigence effective en ce qui concerne la résidence de la majorité des administrateurs. La majorité des membres des comités doivent être des résidents canadiens. Toutefois, il n'existe pas de règle voulant qu'un quorum de résidents canadiens soit respecté lors d'assemblée convoquée pour régler certaines affaires. On peut donc avoir des comités dont les membres sont en majorité des résidents canadiens, mais qui tiennent des réunions et régulent des affaires sans que des Canadiens ne soient présents.

H. Preuve de respect excessif

[64] Il reste à savoir si les exigences relatives au lieu de résidence ont permis de promouvoir les intérêts canadiens en augmentant le nombre d'administrateurs canadiens au sein des conseils et, par conséquent, si la prise de décisions dans ces sociétés tient davantage compte des intérêts canadiens.

[65] Il existe des données sur la composition des conseils d'administration canadiens. Un auteur a fait remarquer ce qui suit :

[TRADUCTION] En fait, la proportion de résidents canadiens au sein des conseils d'administration est nettement plus élevée que la majorité requise par la LCSA. Le **Conference Board** rapporte que la proportion est passée de 84 % en 1977, à 87 % en 1982⁵⁵. [non accentué dans le texte original]

[66] Les chiffres du rapport du Conference Board de 1990 sont semblables à ceux du rapport de 1984⁵⁶. Ces rapports portaient sur une fraction de grandes sociétés oeuvrant en général dans les secteurs manufacturier et non manufacturier.

[67] De même, en 1991, Korn Ferry International⁵⁷ a fait une enquête auprès de 107 chefs de direction de sociétés canadiennes importantes et a rapporté que seulement : [TRADUCTION] «Vingt-neuf pour cent des conseils canadiens déclarent avoir un membre qui n'est pas citoyen canadien». Ainsi, quelque 70 % des conseils qui ont fait l'objet de l'enquête n'avaient aucun administrateur étranger.

⁵⁵ Francis H. Buckley. *Corporations Principles and Policies*, 2nd ed. (Toronto : Edmond Montgomery, 1988), à la p. 372.

⁵⁶ John Longair, *Canadian Directorship Practices: A Profile 1990*, A Conference Board of Canada Report, Rapport 51-90, mars 1990, aux pp. 15 à 17.

⁵⁷ *Korn Ferry International, Report on Board of Directors -- Fifth Annual Study in Canada*, 1991, à la p. 5.

[68] Une recherche interne menée par Industrie Canada vient corroborer que la plupart des sociétés constituées sous le régime de la LCSA dépassent considérablement l'exigence relative au lieu de résidence. L'enquête a montré que 82 % des 340 sociétés constituées sous le régime de la LCSA qui ont été questionnées, avaient plus de 90 % d'administrateurs résidant au Canada (voir tableau 2)⁵⁸.

**Pourcentage d'administrateurs résidant au Canada dont les sociétés
sont constituées sous le régime de la LCSA ou d'autres régimes**

Tableau 2

| Pourcentage d'administrateurs résidant au Canada | Sociétés non constituées en vertu de la LCSA | Sociétés constituées en vertu de la LCSA | Total |
|--|--|--|-----------------|
| 50 % à 60 % | 17 | 7 | 24 |
| 60 % à 90 % | 125 | 54 | 179 |
| 90 % à 100 % | 883 (86 %) | 279 (82 %) | 1 162 (85 %) |
| Total | 1 025 | 340 | 1 365 |

[69] Les enquêtes menées par le Conference Board et Korn Ferry International démontrent que dans la plupart des grandes sociétés constituées sous le régime de la LCSA, le nombre d'administrateurs résidents canadiens excède actuellement l'exigence prévue par la loi⁵⁹. Comme pour l'étude d'Industrie Canada, bien que nous n'ayons pas eu de renseignements sur la citoyenneté des administrateurs, les résultats montrent que la grande majorité des administrateurs des sociétés régies par la LCSA résident au Canada.

[70] Certaines recherches qui ont été faites semblent montrer que la bonne gestion et des connaissances économiques fondamentales peuvent conduire à ce type de résultat. Des études menées aux États-Unis révèlent que la prise de décisions est meilleure dans les conseils des filiales

⁵⁸ La base de données Compact Disclosure Canada a été utilisée aux fins de cette étude. Cette base de données est produite par Micromedia Ltd. et contient des données sur plus de 8 000 sociétés -- constituées aux paliers fédéral ou provinciaux, privées ou publiques, fonds mutuels ou sociétés de la Couronne. Sur ces 8 000 sociétés, seulement 1 025 avaient les données pertinentes à notre étude. Les autres sociétés ont été rejetées faute d'information pertinente à notre étude.

⁵⁹ Comme il est présenté ci-après sous les rubriques «Exigences internationales» et «Résumé», l'exigence relative à la résidence des administrateurs semble causer le plus de problèmes aux entreprises canadiennes à vocation mondiale et aux filiales étrangères plus importantes.

qui incluent des résidents locaux. (L'annexe B résume le peu de travaux qui ont été faits sur cette question.)

[71] De plus, les cabinets d'avocats conseillent souvent aux sociétés mères étrangères qui souhaitent réduire leurs responsabilités éventuelles, d'inclure dans le conseil d'administration de leur filiale canadienne quelques administrateurs indépendants qui ne sont pas liés à la société mère et qui ne sont pas à l'emploi de la filiale.

[72] D'après ces renseignements, il apparaît que les fondements mêmes de la finance encouragera les filiales canadiennes de sociétés étrangères à nommer des Canadiens à leur conseil d'administration.

I. Mondialisation

i. Investissements étrangers directs

[73] Depuis la période où la *Loi sur l'examen de l'investissement étranger* et les dispositions relatives à la résidence des administrateurs en vertu de la LCSA ont été adoptées, le Canada a élaboré une approche globale pour ses stratégies de développement économique. Cette approche s'inscrit dans le cadre d'une tendance mondiale illustrée par la signature récente de l'*Accord général sur le commerce des services* (AGCS), l'*Accord de libre-échange* (ALÉ) et l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA).

[74] Le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux cherchent aussi à créer un climat d'investissement positif pour attirer des investissements étrangers au Canada et ainsi contribuer à la croissance de l'économie et à la création d'emplois. Depuis 1985, l'orientation canadienne en matière d'investissements étrangers est devenue moins restrictive. La *Loi sur l'examen de l'investissement étranger* a été remplacée par la *Loi sur Investissement Canada*⁶⁰. En vertu de cette loi, l'investissement par les Canadiens et par les non-Canadiens est présumé avantageux pour le Canada, sauf preuve du contraire⁶¹. Cela contraste avec la *Loi sur l'examen de l'investissement étranger* selon laquelle le niveau de contrôle étranger était une question d'intérêt national, et toutes les nouvelles entreprises, ainsi que les acquisitions directes et indirectes, devaient faire l'objet d'un examen. Aussi, des règles moins restrictives ont été adoptées dans certains secteurs clés comme ceux des services financiers et de l'énergie.

[75] En plus de ces modifications réglementaires, un autre facteur important concerne les changements substantiels de l'afflux d'investissement dans l'économie canadienne depuis les vingt

⁶⁰ *Loi sur Investissement Canada*, L. R. C. (1985), c. 28 (1^{er} supp.).

⁶¹ *Guide du conseiller en investissement*, Investissement Canada, à la p. 13, 1987.

dernières années⁶². La relation entre les investissements directs canadiens à l'étranger et les investissements étrangers directs⁶³ dans l'économie canadienne est devenue beaucoup plus équilibrée. Le rapport entre l'investissement extérieur et l'investissement intérieur a augmenté de façon régulière de 0,23 en 1970 à 0,72 en 1992⁶⁴. Cette tendance indique que les Canadiens sont devenus des investisseurs internationaux et qu'ils participent pleinement au marché global.

[76] Outre un changement dans l'investissement étranger direct, un changement s'est également produit dans le contrôle étranger de l'actif des sociétés commerciales canadiennes. La part contrôlée par des étrangers dans des sociétés canadiennes autres que financières a diminué de façon très nette au cours des 20 dernières années, en passant de près de 37 % au début des années 1970 à moins de 25 % en 1993 (voir graphique 1).⁶⁵

⁶² Steven Globerman, gen. ed., *Canadian-Based Multinationals*, (The Industry Canada research Series, The University of Calgary Press, 1994), *Canadian-Based Multinationals: an analysis of activities and performance*, par Someshwar Rao, Marc Legault & Ashfaq Ahmad, à la p. 67.

⁶³ Les investissements étrangers directs comprennent les investissements faits par des personnes physiques ou morales étrangères en vue de posséder, de contrôler ou d'exploiter une entreprise.

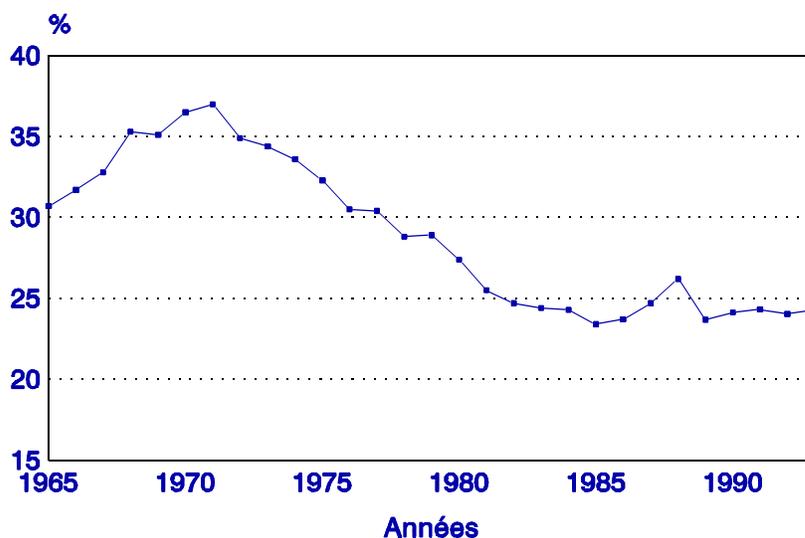
⁶⁴ Ibid, à la p. 67. Ce rapport correspond à la valeur en dollars des investissements faits à l'étranger par des Canadiens divisée par la valeur en dollars des investissements faits au Canada par des étrangers.

⁶⁵ Les données utilisées pour cette étude provenaient de la publication intitulée : Loi sur les déclarations des personnes morales et des syndicats, Statistique Canada, Rapport parlementaire, Catalogue 61-210 (1988); et 61-220, annuel (1989, 1990, 1991, 1992). En 1988, le rapport a utilisé des données provenant d'une nouvelle méthode, ce qui a créé une rupture dans la chronologie. Il est impossible de dire si la tendance aurait pu demeurer aussi uniforme si les données pour 1988 à 1992 avaient pu être obtenues avec la même méthode.

GRAPHIQUE 1

Part sous contrôle étranger des actifs des sociétés

Sociétés non-financières, 1965-1992



ii. Administrateurs étrangers et sociétés à vocation exportatrice

[77] Une analyse effectuée pour Industrie Canada par Statistique Canada a montré qu'en 1991 près de 10 % des sociétés sous contrôle canadien avaient tiré plus de 50 % de leurs recettes totales du marché des exportations. Un autre sept pour cent ont obtenu de 30 à 50 % de leurs recettes totales du marché des exportations.

[78] Compte tenu de ce qui précède, nous devons veiller à ce que la LCSA ne restreigne pas la capacité des entreprises canadiennes de développer, de façon efficace, les marchés étrangers. Les entreprises canadiennes dont les ventes se font principalement sur le marché des exportations font valoir qu'il leur serait plus facile de développer de nouveaux marchés si elles pouvaient facilement intégrer plus d'administrateurs provenant de ces pays dans leur conseil d'administration. Aux termes de la LCSA, toutefois, elles ne peuvent pas le faire puisque le conseil d'administration doit être composé en majorité de Canadiens. Si une société satisfait exactement à l'exigence, au moins un Canadien devra être nommé au conseil chaque fois qu'un étranger devient administrateur. La taille du conseil dépassera rapidement le niveau optimal, d'où des coûts et des manques d'efficacité pour l'entreprise.

[79] Certains contestent qu'il faille intégrer des administrateurs étrangers dans les conseils de sociétés à vocation exportatrice. Bien qu'il n'existe pas apparemment de preuve irréfutable de l'importance de cette exigence, il semblerait que des sociétés multinationales très prospères procèdent ainsi. Par exemple, une étude concernant la régie d'entreprise effectuée dans cinq pays a récemment montré ce qui suit :

[TRADUCTION] Au fur et à mesure que les sociétés se mondialisent au point de n'effectuer que peu d'affaire dans leur pays d'origine (...) on pourrait imaginer que le conseil reflète le caractère international de leurs marchés et opérations. Il semblerait effectivement que, dans de nombreux pays, les conseils comptent maintenant un plus grand nombre d'étrangers⁶⁶.

[80] Le monde des affaires canadien développe actuellement des marchés, des capitaux et des connaissances au niveau mondial. Cette orientation mondiale demande, entre autres, que des experts étrangers fassent partie des conseils d'administration afin d'attirer des investisseurs, partenaires et alliances stratégiques et d'avoir accès aux marchés mondiaux. Dans un récent article, on rapporte que le président du conseil d'administration de SHL Systemhouse Inc. a dit que SHL, actuellement une société régie par la LCSA, a besoin de plus d'administrateurs du monde entier pour refléter la façon dont elle fait maintenant affaire⁶⁷.

[81] Dans l'ensemble, au cours des trente dernières années, les Canadiens ont investi davantage à l'étranger et sont devenus relativement moins dépendants par rapport aux investisseurs étrangers. Nous sommes devenus des acteurs sur les marchés des capitaux internationaux, et cela à l'échelon mondial. Sylvia Ostry, une grande économiste canadienne, a fait valoir que :

[TRADUCTION] L'avenir économique du Canada dépendra de plus en plus d'un investissement plus important à l'étranger et de nouvelles stratégies pour attirer l'investissement étranger... Il est très important pour un pays comme le Canada de commencer à voir le monde avec des yeux d'investisseurs. ... L'investissement étranger et le commerce international sont devenus interdépendants⁶⁸.

⁶⁶ Jonathan Charkham, *Keeping Good Company -- A study of Corporate Governance in five countries*, à la p. 350, Clarendon Press, Oxford, 1994.

⁶⁷ Alana Kainz, «Canadian Block Bid to Add foreigners to Board of directors», *Ottawa Citizen*, 13 janvier 1995, à la p. F3.

⁶⁸ *The Financial Post*, le 31 août 1994, à la p. 4.

J. Lois étrangères

[82] Très peu de pays imposent maintenant des exigences relatives au lieu de résidence des administrateurs. Récemment, dans une lettre adressée à Industrie Canada, on a fait remarquer que :

[TRADUCTION] (...) il faut envisager le fait que très peu d'États imposent des exigences de résidence aux administrateurs de sociétés. En Europe, en Asie, en Australasie et en Amérique du Sud, il est difficile de trouver des exemples (si ce n'est dans les pays du Nord et en Argentine) où la résidence est un attribut lors de nominations au conseil d'administration. Aux États-Unis, Hawaï [est le seul État qui] impose une exigence relative à la résidence et seulement un membre doit être résident [d'Hawaï].

[83] Plusieurs États américains (notamment l'Arkansas, la Floride, le Nevada et le South Dakota) ont eu des lois sur les sociétés qui exigeaient qu'un administrateur soit un citoyen américain ou un résident de l'État. Ces dispositions ont été abrogées après l'avènement de la *Model Business Corporations Act* des États-Unis⁶⁹. Cette loi type prévoit actuellement que :

[TRADUCTION] «L'administrateur ne doit pas nécessairement être résident de l'État ou actionnaire de la société, sauf si les statuts ou les règlements administratifs l'imposent».

[84] Comme il est susmentionné, Hawaï est le seul État américain à imposer une exigence de résidence. Par le passé, un tiers des administrateurs des sociétés hawaïennes devait résider dans l'État, mais cette exigence a été ramenée à un administrateur il y a plus de dix ans.

[85] La *General Corporation Law of Mexico* n'impose aucune restriction concernant la citoyenneté ou l'endroit de résidence des membres qui composent le conseil d'administration de toutes entreprises. Toutefois, la *Foreign Investment Law* impose des restrictions concernant la propriété ou le contrôle dans la gestion de certaines industries mexicaines. En termes généraux, les investisseurs étrangers peuvent, directement ou indirectement détenir tout le capital actions de n'importe quelle entreprise mexicaine excepté celles ayant des statuts particuliers ou réservées aux Mexicains. Les mêmes restrictions qui s'appliquent au capital actions s'appliquent aussi, la plupart du temps, au contrôle dans la gestion et conséquemment à la composition du conseil d'administration. La participation de l'investissement étranger peut atteindre un pourcentage pouvant aller jusqu'à 10 %, 25 %, 30 % et 49 % dans certains secteurs industriels. Par exemple, une participation étrangère jusqu'à 10 % est permise dans l'industrie manufacturière, 25 % dans l'industrie du transport, 30 % dans les banques et 49 % dans les compagnies d'assurance et les maisons de courtage.

[86] Peu de pays européens sont dotés d'exigences relatives à la résidence des administrateurs. D'après notre recherche, aucun membre de la Communauté européenne, y compris le Royaume-Uni, la France et l'Allemagne, n'impose d'exigences de résidence aux administrateurs. À noter,

⁶⁹ Prentice Hall Law & Business, Editors, *Model Business Corporations Act*, adopté par : Committee on Corporate Laws of the Section of Business Law of the American Bar Association, révisé jusqu'en 1991.

toutefois, que dans certains pays européens, comme l'Allemagne, il faut une participation des travailleurs et des syndicats au conseil de surveillance des administrateurs dans les grandes sociétés.

[87] En Allemagne, les banques nationales détiennent en général, directement ou indirectement, une grande partie des actions des grandes sociétés. Et, à ce titre, elles sont habituellement représentées au conseil de surveillance qui surveille le rendement des gestionnaires des sociétés. Plusieurs lois sur la démocratie industrielle qui s'appliquent à différentes catégories de sociétés exigent, en général, que la moitié ou un tiers du conseil de surveillance soit composé de représentants des employés. Ces personnes sont habituellement résidentes du pays et ont une grande influence sur la prise de décisions dans la société.

[88] La *Corporations Law* d'Australie prévoit une exigence relative au lieu de résidence des administrateurs, mais aucune sur la citoyenneté. Une société publique doit avoir au moins deux personnes qui résident habituellement en Australie. Une société privée (ou autonome) doit avoir au moins une personne qui réside habituellement en Australie⁷⁰.

[89] Les fonctionnaires australiens ont indiqué que l'exigence australienne relative au lieu de résidence était surtout imposée pour qu'une personne détenant des éléments d'actif soit au pays afin qu'elle qui puisse être tenue responsable, et non pas pour avoir une présence locale au conseil d'administration. Ils ont ajouté qu'ils revoyaient actuellement le bien-fondé de cette exigence. Toutefois, cette exigence ne fait pas partie de la série limitée de réformes actuelles de la *Corporations Law* d'Australie⁷¹.

[90] En général, un examen des règles étrangères montre que l'exigence relative au lieu de résidence des administrateurs n'est pas chose courante. Dans les lois sur les sociétés des autres pays, les préoccupations concernant l'obligation des sociétés de rendre compte sont traitées par le biais d'autres mécanismes, comme le recours à des mandataires, un conseil de surveillance et peut-être des règles sur les sociétés établissant des exigences minimales en matière de capital.

⁷⁰ *Corporations Law* d'Australie, par. 221(3).

⁷¹ D'après les discussions avec le personnel à l'ambassade d'Australie à Washington. Aucune exigence relative à la résidence n'est imposée aux sociétés étrangères exploitées en Australie, bien que ces sociétés doivent être enregistrées et avoir un mandataire résidant localement (une personne physique ou morale, article 345 de la *Corporations Act* d'Australie). Le mandataire doit être autorisé à accepter la signification de documents (art. 346) et [TRADUCTION] «a) il doit répondre des actes et des faits que la société étrangère doit faire de par la loi et b) il s'expose personnellement à une peine imposée à la société étrangère en cas de contravention à cette loi si le tribunal qui entend l'affaire est convaincu que la responsabilité du mandataire local doit être engagée» (art. 348).

K. Exigences internationales

[91] Les dispositions de la LCSA correspondent à la fois à l'*Accord général sur les commerces de services* (AGCS)⁷² et à l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA). Une analyse détaillée des répercussions de l'ALÉNA sur la résidence des administrateurs est présentée à l'annexe C.

[92] L'article 1107 de l'ALÉNA intitulé «Dirigeants et conseils d'administration» au chapitre de l'Investissement permet expressément aux pays :

d'exiger que la majorité des membres du conseil d'administration ou d'un comité du conseil d'administration d'une entreprise sur son territoire qui est un investissement effectué par un investisseur d'une autre Partie soient d'une nationalité donnée, ou résident sur son territoire, à condition que cette exigence ne compromette pas de façon importante la capacité de l'investisseur à contrôler son investissement. [non souligné dans le texte original].

[93] Comme il est permis par l'article 1108, le gouvernement canadien a établi l'exigence de résidence en vertu de la LCSA comme une exception à l'exigence de l'article 1107⁷³.

[94] À noter, cependant, qu'en vertu de l'ALÉNA, une fois qu'une mesure a été libéralisée, notamment l'exigence relative au lieu de résidence, il est impossible de la rendre alors plus restrictive.

[95] Du point de vue de l'esprit de l'ALÉNA et de l'AGCS, ces conventions visent à faire disparaître les obstacles au commerce et à l'investissement. À cet égard, un certain nombre de pays avec lesquels le Canada a tenu des négociations bilatérales concernant l'*Accord général sur les commerces de services*, ont soulevé la question de la citoyenneté canadienne ou des exigences relatives au lieu de résidence pour les conseils d'administration dont les entreprises sont incorporées au niveau fédéral ou encore dans certaines provinces. Les Japonais, en particulier,

⁷² L'article XVII de l'AGCS institue un engagement en vue de donner un traitement national dans les secteurs des services visés par la convention, sous réserve de certaines conditions et restrictions. Comme il a été estimé que les exigences relatives au lieu de résidence du conseil d'administration pourraient imposer un traitement moins favorable aux fournisseurs de services constitués en sociétés qui appartiennent à des étrangers ou sont sous contrôle étranger que celui qui est accordé aux fournisseurs appartenant à des Canadiens ou contrôlés par des Canadiens, une réserve au traitement national a été prévue à l'annexe canadienne à l'AGCS en ce qui concerne les exigences de résidence du conseil d'administration. Cette réserve prévoit qu'une majorité des administrateurs des sociétés constituées au palier fédéral au Canada doivent être des citoyens canadiens ou des personnes qui résident habituellement au Canada.

⁷³ L'exception autorise le Canada à conserver cette exigence, même si elle n'est pas conforme à l'accord.

semble percevoir ces exigences comme un problème, puisque ces derniers se sont plaint en plus de faire remarquer que ces exigences sont un inconvénient étant donné que leur présence commerciale représente une offre de service. Autre que le Canada, relativement peu de pays développés semblent avoir de telles mesures en place. Vu que les négociations de l'AGCS sont maintenant terminées, nos partenaires commerciaux reviendront sur cette question lors de prochaines négociations touchant la libéralisation du commerce des services.

L. Résumé

Incitatifs en faveur du statu quo :

[96] Selon ce qui précède, les arguments invoqués en faveur du maintien des exigences actuelles relatives à la résidence des administrateurs laissent entendre que ces exigences auraient les effets suivants :

- ! encourager la participation canadienne au pouvoir décisionnel d'entreprises multinationales;
- ! aider les entreprises sous contrôle étranger à comprendre le contexte économique, politique et social du Canada;
- ! faciliter l'exécution des droits et obligations en vertu de la LCSA et d'autres lois en prévoyant que des administrateurs soient présents au Canada;
- ! encourager la conformité aux lois;
- ! faciliter la signification de procédures administratives et d'actions en justice;
- ! réduire les frais de litige éventuels en facilitant l'exécution et le recouvrement;
- ! réduire les pertes éventuelles subies par le gouvernement et les tiers (p.ex. les salaires impayés).

Incitatifs en faveur de réformes :

[97] D'autres facteurs montrent que le Canada pourrait bénéficier d'une réforme des exigences actuelles en ce qui concerne la résidence des administrateurs. L'assouplissement des exigences de résidence faites aux conseils d'administration ainsi qu'aux comités pourrait avoir les effets suivants :

- ! donner plus de souplesse aux sociétés en ce qui concerne la composition de leur conseil d'administration;
- ! permettre aux sociétés d'attirer les personnes les mieux qualifiées dans leur conseil et donc, contribuer à optimiser les bénéfices pour les actionnaires et les revenus pour le Canada;
- ! permettre aux sociétés canadiennes à vocation exportatrice de développer plus facilement les marchés étrangers tout en ayant davantage d'administrateurs étrangers;

- ! éliminer la nécessité et les coûts de mettre en place une convention unanime des actionnaires dans le cas où la société ne cherche qu'à éviter les exigences de résidence;
- ! éliminer la nécessité pour les sociétés de se constituer ou de se proroger dans une province qui n'a aucune exigence relative au lieu de résidence;
- ! réduire le fardeau réglementaire imposé aux sociétés;
- ! améliorer l'harmonisation entre la loi fédérale sur les sociétés et celles d'autres pays.

M. Options

[98] Il existe plusieurs façons de modifier les exigences relatives à la résidence des administrateurs prévues dans la LCSA. Certaines de ces options ont été proposées par les milieux juridiques et d'affaires. D'autres ont été élaborées par Industrie Canada. Cette liste d'options n'est pas exhaustive, et toutes les autres propositions seront prises en considération.

Option 1 : Statu quo.

Option 2 : Maintenir l'exigence d'une majorité de citoyens canadiens au conseil d'administration, tout en éliminant la règle du quorum pour le conseil et l'exigence de résidence pour les comités.

Option 3 : Exiger que la majorité des administrateurs soient résidents du Canada (et non pas des citoyens) et éliminer la règle du quorum pour le conseil et l'exigence de résidence pour les comités.

Option 4 : Réduire l'exigence relative à la résidence des administrateurs à une exigence de 25 pour cent de résidents canadiens (citoyens) et éliminer la règle du quorum pour le conseil et l'exigence de résidence pour les comités.

Option 5 : Réduire l'exigence relative à la résidence des administrateurs à un résident canadien (citoyen) et éliminer la règle du quorum pour le conseil et l'exigence de résidence pour les comités.

Option 6 : Réduire l'exigence relative à la résidence à un administrateur résident (ne demander que la résidence et non pas la citoyenneté canadienne)⁷⁴ et éliminer la règle du quorum pour le conseil et l'exigence de résidence pour les comités.

Option 7 : Permettre aux sociétés de satisfaire à l'exigence de résidence dans la LCSA ou bien obtenir ou déposer une caution ou toute autre forme d'une garantie acceptable pour les créances impayées ou les autres dettes auxquelles des administrateurs non résidents pourraient se voir confrontés. De plus, éliminer la règle du quorum pour le conseil et l'exigence de résidence pour les comités.

La preuve de la garantie devrait probablement être déposée auprès du directeur au sens de la LCSA.

On ne sait pas bien si cette option est viable. De nombreuses questions se posent encore, notamment : de quelle façon la garantie serait-elle rajustée lorsque la taille de l'actif de la société change et faudrait-il négocier une garantie acceptable avec chaque éventuel créancier important?

Option 8 : Permettre aux sociétés de satisfaire à l'exigence relative à la résidence de la LCSA ou bien faire en sorte que les administrateurs étrangers ou non résidents canadiens soient soumis aux lois canadiennes de façon irrévocable.

On ne sait pas encore si une telle reconnaissance permettrait aux créanciers de poursuivre avec succès des administrateurs non résidents.

Option 9 : Abroger les exigences relatives à la résidence des administrateurs et insérer une clause portant sur l'intérêt de la collectivité. Désigner un mandataire aux fins de la signification des documents juridiques.

Cette clause stipulerait que le conseil d'administration devrait tenir compte des intérêts de toutes les parties intéressées, comme les employés, les créanciers, les fournisseurs, les clients et les collectivités locales, et non pas seulement maximiser l'intérêt des actionnaires.

⁷⁴ Par exemple, nous pourrions prendre la définition de la résidence qui figure dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou suivre les modifications récemment apportées à la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario et changer la définition de «résident canadien» pour désigner les citoyens canadiens et résidents permanents.

L'inclusion d'une telle clause pourrait, toutefois, diluer la protection des actionnaires parce que les décisions commerciales des administrateurs devraient tenir compte des intérêts d'autres parties intéressées. De plus, toute la LCSA devrait être refondue parce qu'une telle clause aurait une incidence sur de nombreuses parties de la loi, comme les offres d'achat visant à la mainmise et les transactions d'initiés.

Option 10 : Éliminer les exigences relatives à la résidence des administrateurs. Désigner un mandataire aux fins de la signification des documents juridiques.

Quelques sociétés favorisent l'abrogation totale de l'exigence relative à la résidence des administrateurs. Toutefois, l'exigence d'avoir des administrateurs canadiens au conseil d'administration facilite l'exécution des lois actuelles qui engagent la responsabilité des administrateurs pour le paiement de certaines dettes de la société. Certains ministères fédéraux pensent fermement que le recouvrement des dettes impayées serait compromis si l'exigence relative à la résidence canadienne dans la LCSA était abrogée ou réduite de façon significative.

[99] Pour chacune des options précédentes qui exigent plusieurs administrateurs résidents canadiens ou administrateurs résidant au Canada, il faudrait prévoir une exemption pour les «conseils d'administration de deux personnes». De façon plus précise, si le conseil d'une société est composé de deux administrateurs, seul l'un d'entre eux serait tenu d'être un résident du Canada ou un résident canadien⁷⁵.

4. LIEU DE CONSERVATION DES LIVRES DE LA SOCIÉTÉ (art. 20)

A. Contexte

[100] Le stockage électronique de l'information est maintenant international. Actuellement, la LCSA exige que certains livres de la société et des livres comptables adéquats soient conservés au Canada⁷⁶. Toutefois, certaines sociétés canadiennes voudraient tirer profit des services offerts à l'étranger, en particulier aux États-Unis.

⁷⁵ La disposition sur les conseils d'administration dotés de deux membres est déjà en vigueur dans la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, art. 118(3).

⁷⁶ Voir notes 5 et 6 ci-dessus et le texte qui les accompagne.

[101] Un ministère fédéral s'est dit inquiet que l'on permette éventuellement la conservation des livres de la société, en particulier des livres comptables⁷⁷, à l'extérieur du Canada. Le fait de permettre que les livres de la société, notamment les livres comptables, soient conservés à l'extérieur du Canada peut paraître incompatible avec la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁷⁸. La *Loi de l'impôt sur le revenu* impose que «les registres et livres de comptes»⁷⁹ soient tenus au Canada ou à tout autre lieu que le ministre du Revenu national peut désigner (art. 230(1)).

[102] Récemment, l'Ontario a adopté le projet de loi 175⁸⁰ qui permettra aux sociétés constituées dans cette province de pouvoir conserver les livres de la société et les livres des administrateurs «à un endroit autre que son siège social s'ils sont accessibles pour consultation durant les heures de bureau au siège social au moyen d'un terminal informatique ou d'un autre moyen électronique»⁸¹. Cette nouvelle disposition doit respecter d'autres lois, comme la *Loi de l'impôt sur le revenu*, tout comme les modifications qui pourraient être apportées à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

[103] La question de l'accès adéquat aux registres en direct pose certains problèmes. L'utilisation d'un accès direct peut être difficile et peu pratique sans l'aide des employés de la société. Il a été suggéré que toute modification visant à permettre à une société d'avoir ses livres à l'étranger devrait être accompagnée d'une disposition obligeant la société, de façon expresse, à fournir une aide adéquate pour les recherches par ordinateur.

[104] Actuellement, une société constituée en vertu de la LCSA peut conserver tous ses livres et registres sous forme informatique (art. 22(1)). Ces livres et registres électroniques, ainsi que les livres sur papier, doivent être conservés au Canada. L'article 21 permet aux actionnaires, créanciers et autres de «consulter» les livres de la société. On pourrait soutenir que l'autorité prévue à l'art. 21 de «consulter» les livres de la société sous-entend une obligation implicite pour la société de permettre un accès facile à ces livres. Néanmoins, il n'est pas clair que cette obligation soit actuellement imposée.

B. Recommandation

⁷⁷ Les livres comptables mentionnés de façon précise à l'article 20(2) font partie des livres de la société (art. 20(2)).

⁷⁸ *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, modifiée par S.C. 1970-71-72, c. 63, modifiée.

⁷⁹ Nous considérons que «livres de comptes» et «livres comptables adéquats» sont des expressions synonymes.

⁸⁰ *Loi de 1994 modifiant le droit statutaire*.

⁸¹ Parlement de l'Ontario, projet de loi 175, art. 71(17) abrogeant et remplaçant l'art. 144(3) de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario.

Adopter l'approche ontarienne en permettant la conservation des livres de la société à un autre endroit qu'au siège social de la société, dans la mesure où ils sont accessible "sur-le-champ", d'une façon électronique et à partir du siège social, le tout sous réserve des exigences d'autres lois.⁸² Une disposition serait prévue et obligerait la société à permettre un accès facile aux dossiers sous forme électronique.

Avantages :

- ! cette option confère une certaine souplesse pour la conservation tout en permettant l'accès aux dossiers;⁸³
- ! elle s'harmonise avec l'évolution du droit dans les provinces (par exemple, l'Ontario).

Inconvénients :

- ! l'accès aux documents clés, notamment les livres de compte, peut être menacé.

C. Options

Option 1 : Adopter la recommandation et exiger également que les livres de la société soient mis à jour périodiquement.

Option 2 : Statu quo : maintenir l'exigence selon laquelle les livres de la société et les livres comptables adéquats soient conservés au Canada.

5. SIÈGE SOCIAL (art. 19)

A. Contexte

[105] À l'heure actuelle, la société doit avoir un siège social au Canada.

B. Recommandation

⁸² Une modification parallèle devrait aussi être faite à l'art. 50(3), lequel prévoit le lieu de conservation du registre des valeurs mobilières.

⁸³ Dans le même ordre d'idées, le problème de la preuve des copies de ces documents électroniques se pose et il faudrait peut-être modifier la loi pour garantir que ces copies puissent servir de preuve devant les tribunaux.

Maintenir l'exigence actuelle d'avoir un siège social au Canada.

Avantages :

- ! cette exigence garantit qu'il existe un endroit pour la livraison et la signification des avis et des documents juridiques;
- ! c'est une exigence commune à toutes les lois sur les sociétés.

Inconvénients :

- ! cette exigence peut empêcher la société de choisir le lieu optimal pour son siège social et accroître le coût de son exploitation commerciale.

C. Option

Option : Permettre que le siège social se trouve à l'étranger. Une disposition obligerait la société à autoriser l'accès au siège social.

6. LIEU DES ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES (art. 132)

A. Contexte

[106] Le droit fédéral des sociétés exige que les assemblées d'actionnaires soient tenues au Canada, à moins que tous les actionnaires habiles à y voter ne conviennent de tenir l'assemblée à l'étranger (art. 132).

[107] Plusieurs lois provinciales imposent la tenue de réunions dans le ressort, à moins que tous les actionnaires n'acceptent ou que les statuts ne précisent un autre endroit. Par exemple, la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan prévoit que [TRADUCTION] «lorsque les statuts en disposent ainsi, les assemblées d'actionnaires peuvent être tenues à l'extérieur de la Saskatchewan dans un ou plusieurs endroits précisés aux statuts»⁸⁴.

[108] Une société constituée en Ontario peut tenir ses assemblées d'actionnaires en Ontario ou à l'extérieur, comme il est prévu aux statuts et aux règlements ou dans toute une convention

⁸⁴ *Business Corporations Act* de la Saskatchewan, R.S.S., c. 8-10, art. 126(3). Les règles provinciales semblables se retrouvent notamment à la *Business Corporations Act* de l'Alberta, S.A. 1981, c. 8-15, art. 126(4); la *Loi sur les corporations* du Manitoba, L.R.M. 1987, c. 225, art. 126(3); et la *Loi sur les corporations commerciales* du Nouveau-Brunswick, L.N.B. 1981, c. 8-9.1, art. 84(3). Les lois sur les sociétés de l'Île-du-Prince-Édouard et de la Nouvelle-Écosse ne semblent pas comporter d'exigences concernant le lieu des assemblées d'actionnaires. Nous n'avons pas encore eu l'occasion d'examiner le droit des sociétés de Terre-Neuve.

unanime des actionnaires⁸⁵. La *Loi sur les compagnies* du Québec prévoit qu'une compagnie publique doit tenir ses assemblées annuelles au Québec. Une compagnie privée peut tenir ses assemblées annuelles à l'étranger si son acte constitutif ou ses statuts le prévoient, ou si tous les actionnaires y consentent⁸⁶.

[109] La *Company Act* de la Colombie-Britannique impose que : [TRADUCTION] «Toute assemblée générale d'une compagnie est tenue dans la province ou dans un lieu à l'extérieur de la province qui est approuvé par le registraire sur requête qui lui est faite par une compagnie»⁸⁷. Le *Company Act Discussion Paper* de 1991 du gouvernement de la Colombie-Britannique propose que la nouvelle *Company Act* de la Colombie-Britannique autorise la tenue d'une assemblée annuelle à l'extérieur de la province si les statuts de la compagnie précisent d'autres emplacements. Le document fait valoir que [TRADUCTION] «les membres de la compagnie devraient être capables de décider eux-mêmes où leur assemblée annuelle devrait être tenue, dans la mesure où les intérêts de tous les membres sont protégés»⁸⁸.

[110] Aux États-Unis, la *Model Business Corporation Act* prévoit de façon semblable que : [TRADUCTION] «Les assemblées annuelles d'actionnaires peuvent être tenues dans le présent État ou à l'extérieur, à un endroit précisé ou fixé conformément aux règlements administratifs. Si aucun endroit n'est précisé ou fixé conformément aux règlements administratifs, les assemblées annuelles ont lieu au bureau principal de la société»⁸⁹.

[111] Bon nombre de sociétés canadiennes cotées à plusieurs bourses à la fois ont un actionnariat américain important. La possibilité d'organiser des assemblées à New York ou

⁸⁵ *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, L. R. O. 1990, c. B-19, art. 93.

⁸⁶ L. R. Q., c. C-38, art. 98(1).

⁸⁷ *Company Act* de la Colombie-Britannique, R. S. B. C. 1979, c. 59, art. 170.

⁸⁸ Ministry of Finance and Corporate Relations, *Company Act: Discussion Paper*, province de la Colombie-Britannique, janvier 1991, à la p. 58. D'après le document, en vertu de la loi actuelle :

[TRADUCTION] Il est rare que le registraire refuse qu'une assemblée soit tenue à l'extérieur de la province. Toutefois, la requête qui doit être présentée peut entraîner une certaine perte de temps et des coûts.

Le fait de demander que les assemblées soient tenues en Colombie-Britannique permet à la plupart des résidents de la Colombie-Britannique d'y assister. D'autre part, la résidence d'un membre, la localisation d'une compagnie ou toute autre raison peut indiquer qu'il vaudrait mieux tenir l'assemblée annuelle à l'extérieur de la province.

⁸⁹ *Model Business Corporation Act*, article 7.01. La *Delaware General Corporations Law* est essentiellement la même (art. 211(a)).

ailleurs aux États-Unis, à l'occasion, est importante du point de vue des relations avec les actionnaires.

B. Recommandation

Permettre la tenue d'assemblées d'actionnaires à l'étranger (1) à un ou plusieurs endroits⁹⁰ précisés dans les statuts ou (2) avec le consentement de tous les actionnaires ayant droit de vote lors de cette assemblée.

Avantages :

- ! la recommandation donnerait davantage de souplesse aux sociétés;
- ! ce changement pourrait diminuer le coût des assemblées des sociétés sous contrôle étranger et des sociétés canadiennes à vocation mondiale;
- ! les sociétés canadiennes pourraient tenir des assemblées d'actionnaires dans des régions où elles cherchent à ouvrir des marchés;
- ! étant donné que la majorité des actionnaires votent par procuration et n'assistent pas réellement aux assemblées d'actionnaires, l'incidence sur la direction de société ne devrait pas être significative;
- ! les actionnaires sont protégés par l'exigence selon laquelle les lieux doivent être précisés dans les statuts de la société. Tout changement de lieu devrait être approuvé par les deux tiers des actionnaires (art. 173(1)o)).

Inconvénients :

- ! cette recommandation pourrait porter préjudice aux plus petits investisseurs qui ne peuvent pas se permettre d'assister à une assemblée annuelle à l'étranger.

C. Options

Option 1 : Réduire la règle du consentement unanime des actionnaires habiles à voter à l'assemblée à celle du consentement des deux tiers des actionnaires habiles à voter à l'assemblée.

Option 2 : Permettre que les assemblées d'actionnaires soient tenues à l'étranger si les statuts le prévoient ou si les deux tiers des actionnaires habiles à voter à cette assemblée y consentent.

⁹⁰ Il pourrait être plus approprié de renvoyer aux ressorts ou aux pays. En exigeant que les statuts précisent les villes, disons aux États-Unis, où les assemblées peuvent avoir lieu, on créerait un système très lourd.

Option 3 : Statu quo.

[112] Les recommandations contenues dans le document de consultation ne constituent d'aucune manière une politique du gouvernement ni même du ministère. Ce sont plutôt des idées qui ont en grande partie été dégagées de discussions avec des parties intéressées dans tout le pays. Ce document et les consultations qui s'ensuivront visent à susciter de nouvelles idées sur la manière d'améliorer les règles relatives au lieu de résidence. Toutes les suggestions seront prises en considération.

Personne-ressource : Charles Bernard
Analyste des politiques
Direction de la politique des lois commerciales
Industrie Canada

Téléphone : (613) 952-3678
Télécopieur : (613) 952-2067
Internet : lcsa.revision@ic.gc.ca

ANNEXES

ANNEXE A

ORIGINE DES EXIGENCES RELATIVES AU LIEU DE RÉSIDENCE DES ADMINISTRATEURS

Les anciennes lois canadiennes sur les sociétés

En 1979, on pouvait lire, dans un article légal, que [TRADUCTION] «les restrictions nationalistes relatives à la gestion et à la propriété étrangère sont relativement nouvelles (20 ans ou moins)»¹. Toutefois, selon cet article :

[TRADUCTION] ... une exigence identique selon laquelle la majorité des administrateurs doivent être des résidents canadiens existait déjà depuis plus de 100 ans dans le droit canadien des sociétés, mais elle avait été abrogée avant le début du siècle².

Les premières lois générales sur la constitution en société³ comprenaient effectivement des exigences relatives à la résidence. Ces lois exigeaient qu'une majorité d'administrateurs soient des résidents du Canada et des sujets de sa Majesté par naissance ou par naturalisation (voir l'*Acte relatif aux compagnies par actions constituées en corporations par lettres patentes* 32-33 Vic. (1869), c. 13, art. 18).

La disposition législative fédérale prescrivant que les administrateurs soient des sujets de sa Majesté avait été abrogée en 1877 (*Acte pour amender la loi concernant les Compagnies par actions constituées par lettres patentes*, 40 Vic. (1877), c. 43, art. 28). En 1902, l'obligation selon laquelle les administrateurs devaient résider au Canada avait été abrogée par l'*Acte des compagnies*, 2 Ed. VII (1902), c. 15, art. 63.

Toutefois, les exigences qui se trouvaient déjà dans les lois sur les clauses des compagnies⁴ n'avaient pas été abrogées. L'*Acte du Canada relatif aux Clauses des Compagnies par actions*,

¹ Brent Lisowski, "The New Canadian Director: Coping with the Requirement for a Majority of Resident Canadians on the Board of the Canadian Subsidiary", *The Business Lawyer*, vol. 34, avril 1979, p. 1302.

² *Ibid*, p. 1302.

³ C'est-à-dire, les lois qui prévoient la constitution d'une société en vertu de cette loi par opposition à sa constitution en vertu d'une loi spéciale du Parlement.

⁴ Ces règles s'appliquent aux sociétés constituées par des lois spéciales du Parlement et s'appliquaient aux sociétés de services publics et de transport. L'insistance sur la gestion canadienne et, en fait, la propriété canadienne de ce type de sociétés semble plus pertinente pour l'intérêt national que les règles générales appliquées à toutes les sociétés. C'est essentiellement l'opinion exprimée dans le Rapport Dickerson présenté ci-après.

32-33 Vic. (1869), c. 12, art. 9 exigeait que la plus grande partie des administrateurs soient des résidents au Canada et des sujets de sa Majesté par naissance ou par naturalisation. Le libellé n'a pas changé depuis; nous trouvons actuellement les mêmes exigences de résidence dans la *Loi sur les corporations canadiennes*, Partie IV, art. 167.

Inquiétude dans la période de l'après-guerre à propos du contrôle

Plus de 50 ans après l'abrogation de l'exigence relative à la résidence des administrateurs dans les lois fédérales sur les sociétés commerciales, son utilité a de nouveau été évoquée par la Commission royale d'enquête sur les perspectives économiques du Canada. Le Rapport de la Commission royale d'enquête de 1957 analysait les changements intervenus dans l'investissement étranger au Canada, notamment :

Dans les dernières années du XIX^e siècle, le plus clair des capitaux étrangers nous venaient du Royaume-Uni. La plus grande partie servait à l'aménagement des chemins de fer, au financement des besoins des gouvernements, fédéral, provinciaux et municipaux, et à l'établissement des principaux services d'utilité publique. En outre, la majorité de ces placements consistaient en créances plutôt qu'en actions (...) Plus tard, cependant, la situation a remarquablement changé avec la croissance et la multiplication au Canada des filiales de sociétés américaines et d'autres sociétés étrangères. Dans les années 20, la fabrication du papier-journal et les industries minières se développant, les capitaux étrangers ont commencé à se placer au Canada sous la forme d'actions plutôt que de créances. En outre, c'est au cours des années 20 que les placements directs dans l'industrie canadienne (surtout dans les filiales de sociétés étrangères) ont commencé à en former la part la plus importante. Dans cette période aussi, l'importance relative des placements du Royaume-Uni a diminué rapidement tandis que celle des placements des États-Unis s'est accrue. Ces tendances se sont accusées davantage depuis la fin de la guerre(...)

Le total des placements américains au Canada a plus que doublé au cours des dix années écoulées depuis la guerre. L'augmentation a surtout porté sur les placements directs et consiste en grande partie en actions(...)⁵.

La Commission royale d'enquête notait dans son Rapport :

(...) Au cours des audiences que nous avons tenues, on s'est dit inquiet de ce que notre appareil productif dépend en grande mesure de l'étranger, surtout des Américains. Une foule de Canadiens se tourmentent à la pensée qu'une aussi grande part de la direction économique du pays relève de l'étranger ou de sociétés canadiennes contrôlées par

⁵ Gouvernement du Canada, *Commission royale d'enquête sur les perspectives économiques du Canada, Rapport final*, novembre 1957, p. 397-398.

l'étranger. Cela tient à ce que les capitaux étrangers se concentrent dans certaines industries, appartiennent surtout à un même pays (les États-Unis) et, consistant en majorité en capital-actions, ne doivent tout probablement (dans le cours normal des choses) jamais être rapatriés(...)

(...) À la source de l'inquiétude des Canadiens se trouve sans doute un vieux et profond sentiment d'insécurité vis-à-vis des États-Unis, pays qui nous est un voisin amical mais combien plus grand et plus puissant que nous. On s'alarme à la pensée que notre économie s'intégrera forcément de plus en plus à celle des États-Unis à mesure que les capitaux américains occuperont une situation toujours plus prépondérante dans les secteurs dynamiques que sont l'extraction et la fabrication. On craint que cela ne mène à la domination économique du Canada par les États-Unis et, éventuellement, à la perte de son indépendance politique. Cette crainte influe dans une certaine mesure sur le climat politiques de la vie canadienne⁶.

La Commission royale d'enquête recommandait que :

(...) Nous croyons, à la lumière de ces diverses considérations, que les principaux objectifs du Canada devraient être les suivants : qu'une part accrue des capitaux étrangers soient placés dans des obligations et des hypothèques qui ne donnent pas emprise sur de vastes secteurs de l'économie; qu'une partie des capitaux placés dans l'extraction et la fabrication s'associent à nos capitaux et à notre entreprise; enfin, que les Canadiens demeurent maîtres de leurs banques et autres institutions financières. Nous proposerons des objectifs plus précis au sujet de l'activité des sociétés étrangères qui font affaires au Canada par l'intermédiaire de filiales (...) Nous voulons ainsi assurer que ces dernières soient au fait de l'opinion canadienne et perméables à son influence lorsqu'elles arrêtent leur ligne de conduite et fixent leur programme d'action au Canada⁷.

La Commission royale d'enquête a recommandé entre autres que les sociétés étrangères «devraient nommer des Canadiens à leur conseil d'administration(...) Mettons une tranche de 20 à 25 pour cent»⁸.

Il semble que le Rapport de la Commission royale d'enquête n'a pas été reçu de façon favorable par les gouvernements de l'époque⁹, et la recommandation concernant les administrateurs canadiens n'a pas été adoptée.

⁶ *Ibid*, p. 406.

⁷ *Ibid*, p. 409.

⁸ *Ibid*, p. 409.

⁹ Walter L. Gordon, *A Political Memoir*, 1977, p. 68.

En 1968, le rapport du Groupe de travail sur la structure de l'industrie canadienne (le *Rapport Watkins*) a été présenté au président du conseil privé, Walter Gordon, qui avait présidé la Commission royale d'enquête sur les perspectives économiques du Canada. Le groupe de travail était constitué de huit grands économistes et professeurs de science économique canadiens, sous la présidence de Melville H. Watkins.

À l'instar du Rapport de la Commission royale d'enquête, le Rapport Watkins faisait référence à l'augmentation de l'investissement étranger direct et des préoccupations que cela créait. Dans la section intitulée «Un éventail de politiques», l'auteur nous dit :

... on retrouve le désir des gouvernements [de plusieurs pays] d'assurer le maintien de l'indépendance et de la souveraineté des territoires concernés. On estime généralement qu'au delà d'un certain seuil l'étranger peut exercer une influence telle que sa position devient nettement dominante, avec les dangers que cela comporte; l'unanimité disparaît cependant, dès qu'il s'agit de préciser cette limite. Aucun autre pays cependant ne semble disposé à tolérer une importance aussi forte que celle que revêt l'investissement étranger au Canada¹⁰.

Selon le Rapport, il n'y avait pas de politique globale générale en matière d'investissement étranger :

L'accroissement substantiel de l'investissement direct a donné naissance à un certain nombre de politiques spécifiques. On a procédé à divers amendements de la structure d'imposition de façon à inciter les investisseurs étrangers à se comporter d'une façon jugée compatible avec les intérêts du Canada. On a également porté beaucoup d'attention aux incidences de l'investissement étranger sur la balance des paiements. Les incidents relatifs aux applications extra-territoriales des lois américaines et l'énoncé de directives applicables aux firmes responsables de l'investissement direct américain à l'étranger ont, de plus, suscité beaucoup d'inquiétude au Canada et ont même entraîné la formulation d'un certain nombre de politiques nouvelles, en particulier de celle qui a trait aux «directives» que le Canada, de son côté, a émis à l'intention des filiales de sociétés étrangères. De tout cela n'est finalement sortie aucune politique d'ensemble, toutefois, et la politique canadienne reste encore l'une des plus libérales qui soient¹¹.

Sous la rubrique «La Participation des Canadiens», le Rapport Watkins recommandait en général :

¹⁰ Gouvernement du Canada, Bureau du conseil privé, *Propriété étrangère et Structure de l'Industrie canadienne*, Rapport du groupe d'études ad hoc sur la Structure de l'Industrie canadienne, janvier 1968, p. 375.

¹¹ *Ibid*, p. 398.

Non seulement la propriété et le contrôle étranger se sont infiltrés partout au Canada, mais encore sont-ils appelés à demeurer encore largement présents. Aussi est-il besoin de voir à ce que les Canadiens aient leur part de profits dans l'investissement direct étranger et qu'il y ait une présence canadienne dans la prise de décision chez les entreprises plurinationales¹².

Toutefois, le Rapport ne semble pas faire de recommandation sur les administrateurs canadiens. En revanche, ses trois dernières recommandations sous la rubrique «La Participation des Canadiens» sont centrées sur les aménagements du système fiscal, la création de la Corporation de Développement du Canada («capable (...) jouer ainsi un rôle de premier plan, (...) dans les milieux industriels et financiers canadiens»), et la proposition, «que les grandes entreprises, (...) soient d'avantage incitées à offrir leurs actions aux Canadiens, ce qui aurait pour résultat d'accroître l'offre d'actions canadiennes, de favoriser la divulgation d'une plus grande quantité de renseignements sur ces entreprises, et de fournir des leviers pour la réglementation publique ainsi que pour affronter la question de l'extra-territorialité¹³».

Les recommandations du Rapport n'ont pas été adoptées par le gouvernement fédéral à l'époque.

En 1970, un groupe non partisan de nationalistes canadiens était constitué sous l'appellation de «Comité pour un Canada indépendant». Ce groupe faisait la promotion du nationalisme économique canadien et proposait que des mesures soient prises afin de reprendre le contrôle de l'économie canadienne¹⁴.

Le Comité pour un Canada indépendant faisait la promotion du nationalisme économique canadien au moyen de pétitions, de rencontres avec les politiciens et de publications d'un certain nombre d'articles et de livres¹⁵. Dans «Corporate Accountability : the Canadian Interest», un article publié par le Comité en 1974, l'avocat Michael Gough a examiné plusieurs options en ce qui concerne la question des administrateurs canadiens :

[TRADUCTION] Le rôle de l'administrateur canadien, chargé de représenter l'intérêt canadien, pourrait être mené à bien de plusieurs façons : tout d'abord, les administrateurs canadiens avec des intérêts particuliers pourraient être élus par des actionnaires canadiens et leur rendre compte à titre de représentants. Deuxièmement, toutes les sociétés pourraient être tenues d'avoir une majorité d'administrateurs canadiens sur leur conseil

¹² *Ibid*, p. 429.

¹³ *Ibid*, pp. 430.

¹⁴ Walter L. Gordon, *A Political Memoir*, pp. 315-316.

¹⁵ Par exemple, A. Rotstein et G. Lax, eds, *Getting it Back* (1974), et A. Rotstein et G. Lax, eds, *Independence [:] the Canadian Challenge* (1974).

d'administration. Troisièmement, des dispositions pourraient être prises pour l'élection et la nomination d'un administrateur d'intérêt public¹⁶.

Il poursuivait :

[TRADUCTION] La deuxième possibilité consisterait à ce que la loi exige que le conseil d'administration de chaque société soit constitué d'une majorité de résidents canadiens. L'hypothèse tacite à cet égard est que cette majorité d'administrateurs canadiens produira éventuellement des politiques bénéfiques pour le Canada. C'est la voie qu'a empruntée l'Ontario récemment et qu'elle a réaffirmée en exigeant que tout comité exécutif du conseil d'administration et le quorum des réunions du conseil d'administration, ainsi que les comités, aient une majorité d'administrateurs canadiens. Il semble maintenant probable qu'Ottawa et la Colombie-Britannique adopteront des propositions semblables.

Dans une grande mesure, ces lois ont pour effet de reconnaître, du moins en Ontario, ce qui est déjà largement accepté comme un fait, à savoir que la majorité des administrateurs dans les conseils d'administration et les sociétés canadiennes appartenant, pour 50 pour cent ou plus, à des non-résidents, sont déjà des citoyens canadiens qui résident au Canada. Nous cherchons en fait à ajouter davantage de présence canadienne dans les sociétés qui ne répondent pas encore à cette norme.

(...) la meilleure manière pourrait être d'exiger que les deux tiers du conseil d'administration soient composés de résidents canadiens. Au moins une majorité de ces administrateurs ne devrait pas être ni des employés, ni des conseillers professionnels de la société.

Si l'on imposait une plus grande divulgation publique, comme il est recommandé, les administrateurs canadiens pourraient s'enquérir, par exemple, de la quantité de traitement ou de fabrication dans les exportations de la société, des paiements à la société mère en vertu des contrats de licence et de l'envoi de capitaux vers le siège social, pour la recherche et le développement, lesquels seraient autrement faits au Canada¹⁷.

Un autre ouvrage qui a eu de l'influence à cette époque a été *Silent Surrender* du professeur Kari Levitt de l'université McGill. Cet ouvrage mettait en garde contre la nouvelle «colonisation du Canada» et la dépendance qui se prolongeait. L'introduction donne le ton à l'ensemble :

[TRADUCTION] Ce livre explique le glissement du Canada vers une situation de dépendance économique, politique et culturelle vis-à-vis des États-Unis. Il vise à

¹⁶ Rotstein et G. Lax, gen. ed., *Getting it Back*, (1974), *Corporate Accountability: the Canadian Interest*, par Michael Gough, p. 89.

¹⁷ *Ibid*, pp. 90-92.

expliquer le processus par lequel les entrepreneurs canadiens et l'unité nationale ont été sapés au point de désintégrer l'État nation¹⁸.

Adoption des exigences relatives à la résidence des administrateurs en droit canadien des sociétés

Dès le début des années 1970, le besoin d'avoir une règle imposant la résidence aux administrateurs canadiens semble avoir été largement reconnu. Lorsque les lois sur les sociétés ont été modifiées pour adopter ces exigences en matière de résidence, ces dispositions n'ont pas rencontré beaucoup d'opposition.

Ontario

L'Ontario a été la première province à agir. En juin 1972, elle a déposé une loi pour exiger que les sociétés constituées en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario ait une majorité de résidents dans leur conseil d'administration. Le *Toronto Star* rapportait :

[TRADUCTION] Dès le 1^{er} octobre 1972, plus de la moitié des administrateurs de chaque société constituée en Ontario devrait être composée de Canadiens vivant au Canada, a déclaré le premier ministre William Davis hier.

«Ceci correspond à ce qui est, à mon avis, l'essentiel d'une bonne politique d'investissement étranger», a déclaré M. Davis, à l'assemblée législative, dans un discours d'une heure consacré presque entièrement à ce qu'il appelait l'abdication des responsabilités d'Ottawa dans la lutte contre le contrôle étranger.

«L'Ontario comprend qu'elle a un rôle important à jouer, une responsabilité, non seulement par ses politiques mais aussi pour faire des recommandations constructives qui peuvent conduire à des mesures fédérales», a déclaré M. Davis, qui a signalé que les mesures législatives sur la prise de contrôle qui étaient actuellement examinés par le Parlement fédéral étaient trop limitées dans leur portée et trop faibles.

Davis a annoncé «une nouvelle initiative dans l'élaboration de la politique économique pour l'Ontario» et ajouté que son gouvernement «continuait à déplorer l'absence d'engagement fédéral complet» envers des programmes nationaux sur la propriété étrangère et les autres politiques. (...)

¹⁸ Kari Levitt, *Silent Surrender: the multinational corporation in Canada*, 1970, p. xi x.

La réaction immédiate aux mesures législatives a été mixte. Les porte-parole de l'Opposition ont déclaré qu'elles n'allaient pas assez loin. Les hommes d'affaires ont signalé qu'un conseil d'administration élu par les actionnaires d'une société n'avaient souvent qu'un contrôle limité des opérations des filiales canadiennes parce que le seul actionnaire était une grande société mère étrangère. (...)

La fixation d'une exigence minimale quant à la constitution des conseils d'administration était l'une des grandes recommandations d'un comité de l'assemblée législative sur le nationalisme économique et culturel et dont le premier rapport avait été publié le 1^{er} mars de cette année.

Le comité, constitué de onze députés représentant les trois parties de la législature, avait invité l'Ontario à chercher immédiatement à obtenir le contrôle des investissements étrangers sans attendre de mesure fédérale.

M. Davis a déclaré que son gouvernement s'engageait à mener une politique «de nationalisme économique et culturel positive fondée sur cinq éléments fondamentaux qui devaient être inclus dans une politique canadienne sur l'investissement étranger», à savoir :

- davantage de participation canadienne visible dans les nouvelles entreprises;
- une prédominance canadienne dans les conseils d'administration des filiales au Canada;
- une participation accrue de capitaux canadiens dans toutes les entreprises installées au Canada;
- un investissement étranger qui ne vise pas à contrôler les politiques des sociétés dans lesquelles l'investissement est fait;
- des lignes de conduites claires qui s'appliquent au rendement des industries étrangères et des syndicats au Canada¹⁹. (non souligné dans le texte original)

Pendant le débat sur cette loi qui s'est tenu, en seconde lecture, le 27 novembre 1972, certains membres de l'Opposition ont mis en doute l'efficacité de ces dispositions. L'un d'eux a déclaré :

[TRADUCTION] Bien, je suppose qu'au premier abord c'était une bonne idée et qu'elle a été applaudie par tous ces brillants éditorialistes et commentateurs politiques.

Sauf que le Ministre doit réaliser - et ce Ministre en particulier, qui appuie la loi actuellement, doit le savoir très bien - qu'il s'agit là d'un geste tout à fait dénué de sens; il n'est pas difficile du tout pour des Américains, ou d'autres étrangers, de garder le contrôle sur les sociétés ontariennes. Rien de plus facile au monde que d'avoir des administrateurs

¹⁹ «Ontario will require majority of Canadians on company boards, *Toronto Star*, 16 juin 1972, pp. 1 et 4.

canadiens pour la forme tandis que le contrôle réel demeure au-delà des frontières de l'Ontario et des frontières du Canada.

Si le gouvernement était sérieux en fait, ou si le gouvernement souhaitait donner de la force à ce type de disposition, il faudrait qu'il aille plus loin²⁰.

Un autre membre de l'Opposition a déclaré :

[TRADUCTION] (...) ce n'était peut-être qu'une amélioration marginale. Je ne suis pas du tout certain qu'une loi sur les sociétés commerciales puisse en fait contenir des dispositions qui reflètent une politique déterminée du gouvernement en matière de contrôle, ailleurs qu'au Canada, de l'économie industrielle du Canada.

(...) Je pense donc que le seul avantage aussi marginal qu'il soit, aussi utile qu'il soit, consiste à avoir une majorité de Canadiens comme administrateurs des sociétés ontariennes. C'est que ces derniers peuvent soulever ce qui pourrait autrement être laissé de côté, c'est-à-dire l'examen de certains aspects d'un problème qui ont un contenu spécifiquement canadien²¹.

Le ministre de la Consommation et du Commerce, M. J. T. Clement, ministre chargé du projet de loi, a expliqué pourquoi il fallait adopter cette mesure législative en ce qui a trait à l'obligation de rendre comptes des administrateurs.

[TRADUCTION] (...) mon expérience a été (...) qu'il faut avoir quelqu'un dans la juridiction du pays en cause que vous puissiez atteindre s'il y eu un manquement quelconque. Si des administrateurs de sociétés canadiennes ou ontariennes qui résident aux États-Unis ou dans d'autres juridictions ont commis des infractions, peut-être même au *Code criminel*, mais qu'ils ne peuvent être extradés, nous ne pouvons pas les ramener ici pour qu'ils soient traduits en justice conformément aux exigences des lois²².

Avant la fin de l'année, l'Ontario avait modifié sa loi, non seulement pour exiger qu'une majorité des administrateurs soient des résidents canadiens, mais aussi pour imposer des exigences de

²⁰ Legislature of Ontario Debates, M. V. M. Singer, député provincial, 27 novembre 1972, *Official Report*, p. 4848.

²¹ Legislature of Ontario Debates, M. Renwick, député provincial, 27 novembre 1972, *Official Report*, p. 4851.

²² Legislature of Ontario Debates, M. J. T. Clement, Ministre de la Consommation et du Commerce, 27 novembre 1972, *Official Report*, p. 4855.

majorité, en ce qui concerne le quorum dans les comités et le lieu des réunions du conseil d'administration²³.

Gouvernement fédéral

En 1970, un groupe de travail a été créé, au palier fédéral, pour préparer des documents et examiner certains facteurs à prendre en considération dans l'examen de l'investissement étranger par le gouvernement fédéral²⁴.

Le groupe de travail a publié *Investissements étrangers directs au Canada* en 1972. Ce document, bien qu'il ait été publié par le gouvernement, notait expressément qu'il ne s'agissait pas d'une déclaration de politique gouvernementale²⁵.

Il traitait de la question des administrateurs canadiens (p. 513-7) dans le contexte d'un certain nombre de propositions, afin d'améliorer le contrôle canadien en matière d'investissement étranger. Parmi les autres propositions, citons le contrôle obligatoire par des actionnaires canadiens (non retenues), les administrateurs gouvernementaux (pour étude ultérieure) et l'élection des administrateurs canadiens par les actionnaires minoritaires canadiens (non retenues).

Concernant la présence obligatoire d'administrateurs canadiens dans toutes les firmes sous contrôle étranger, le Rapport se lit comme suit :

(...) un certain nombre de pays attachent quelque importance à avoir leur nationaux élus au conseil d'administration des firmes sous contrôle étranger qui se trouvent sur leur territoire.

Il semble qu'on ait généralement le sentiment que cela aide la firme sous contrôle étranger à comprendre le milieu économique, politique et social du pays d'accueil et à mieux apprécier les caractères distinctifs de sa culture. Cela peut également avoir pour but d'aider la firme sous contrôle étranger à s'intégrer dans son milieu d'accueil et de lui permettre d'apporter une contribution plus efficace à l'économie locale.

²³ Parliament of Ontario, An Act to Amend the Business Corporations Act, S.O. 1972, c. 138, art. 32 ajoute l'art. 122(3), art. 33 modifie l'art. 130(2) et ajoute les art. 130(3) et (4), art. 34 modifie l'art. 132(2) et l'art. 35(1) modifie l'art. 133(1) de la *Loi sur les sociétés par actions*.

²⁴ *Investissements étrangers directs au Canada*, publié par le gouvernement du Canada (1972), page v.

²⁵ *Ibid.*, p. v.

La question se pose ainsi de savoir si l'on devrait exiger de toutes les firmes sous contrôle étranger qu'elles élisent à leur conseil d'administration une proportion minimum de citoyens canadiens résidant habituellement au Canada (disons la moitié). Si l'on créait un mécanisme d'examen, on pourrait édicter une loi lui enjoignant de rejeter les propositions d'investissement étranger lorsqu'on ne se conforme pas aux exigences relatives aux administrateurs canadiens. Il peut exister d'autres moyens de parvenir à cet objectif, comme d'exiger par une loi que toutes les compagnies sous contrôle étranger soient constituées par une loi fédérale, en exigeant comme condition de leur constitution qu'une proportion déterminée des administrateurs soient des citoyens canadiens résidant au Canada.

Une autre solution, pour remplacer cette option possible, serait de prévoir que l'organisme d'examen pourrait tenir compte du fait que la firme étrangère est disposée à voir des citoyens canadiens faire partie de son conseil d'administration, ce qui constituerait un autre facteur à envisager pour évaluer l'investissement proposé. La disposition relative aux administrateurs canadiens ne constituerait pas alors une exigence absolue, mais simplement un facteur qui serait pris en compte.

L'élection d'administrateurs canadiens n'est pas en elle-même une mesure d'une grande importance. L'administrateur canadien peut n'être simplement que l'homme de paille de la direction de la compagnie mère, mais il peut occuper aussi une position solide et indépendante.

On pourrait accroître la possibilité de réaliser une représentation plus forte en exigeant que les Canadiens élus au conseil d'administration de firmes sous contrôle étranger soient recrutés en dehors de la compagnie.

Bien qu'il soit improbable qu'elles aient une grande importance, des dispositions obligatoires se rattachant aux administrateurs canadiens peuvent sans doute contribuer dans une certaine mesure à améliorer le rendement de firmes sous contrôle étranger, surtout si cette mesure est adoptée conjointement avec d'autres méthodes que nous avons envisagées tout au long de la présente étude²⁶.

Ce rapport a servi de base aux modifications des dispositions relatives au lieu de résidence des administrateurs dans la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*.

Le rapport Dickerson de 1971, qui était en général à l'origine de l'adoption de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* en 1975, a fait des recommandations contre toute exigence de résidence des administrateurs :

²⁶ *Ibi d.*, pp. 575-576.

L'industrie canadienne étant ce qu'elle est, il semble futile d'imposer une règle générale exigeant que les administrateurs de corporations fédérales soient citoyens ou résidents canadiens. Si le gouvernement pense utile à sa politique de l'exiger pour un type particulier d'industrie, il devra le faire par législation spéciale²⁷.

Tant le Projet de loi C-213 présenté au Parlement en juillet 1973, et délibérément sacrifié, que le Projet de loi C-29 présenté en octobre 1974 comprenait des dispositions sur la résidence des administrateurs proposant que :

1. Le conseil d'administration doit se composer en majorité de résidents canadiens²⁸.
2. Les administrateurs ne peuvent délibérer lors des réunions que si la majorité des administrateurs présents est constituée de résidents canadiens²⁹.
3. Tout comité du conseil d'administration doit se composer en majorité de résidents canadiens³⁰.

Les exigences relatives à la résidence des administrateurs proposées à l'origine dans le Projet de loi C-213 imposaient une limite supplémentaire aux conseils d'administration de sociétés sous contrôle étranger en leur demandant d'avoir une majorité d'administrateurs externes. Les dirigeants et autres cadres supérieurs d'une filiale canadienne ne compteraient pas pour établir l'existence ou non d'une majorité canadienne. À cause du «nombre extraordinaire de critiques emportées et même véhémentes», le gouvernement a retiré cette contrainte supplémentaire lorsqu'il a présenté le Projet de loi C-29³¹.

²⁷ Robert W. V. Dickerson, John L. Howard, Leon Getz, *Propositions pour un nouveau droit des corporations commerciales canadiennes*, 2 vol. (Ottawa : Information Canada, 1971), par. 201, 1:80.

²⁸ *Loi canadienne sur les sociétés par actions (LCSA)*, L. R. C. (1985), c. C-44, article 105(3). L'article 105(4) crée une exception pour les sociétés de portefeuille qui gagnent moins de 5 p. 100 de leurs recettes brutes au Canada -- dans ce cas seulement, il suffit que soient résidents canadiens un tiers des administrateurs de la société mère.

²⁹ Article 114(3) *LCSA*.

³⁰ Article 115(2) *LCSA*. L'article 115(1) exige aussi que si les pouvoirs du conseil ont été délégués à un comité du conseil d'administration ou à un administrateur-gérant, la majorité des membres du comité ou l'administrateur-gérant doivent être des résidents canadiens.

³¹ Chambre des communes, M. Otto Lang, ministre de la Consommation et des Affaires commerciales, Discours de deuxième lecture, Hansard, 8 novembre 1974, pp. 1202-1203.

Les «Notes techniques sur le projet de loi concernant les corporations commerciales canadiennes» qui constituait le principal document d'information pour le Projet de loi C-29 en donnaient l'analyse suivante :

Dans ce Titre, enfin, il est question d'exiger que la majorité des administrateurs d'une corporation soit des résidents du Canada. Les principales initiatives du gouvernement dans ce domaine ont été la révision des lois affectant les intermédiaires financiers et certaines corporations ayant la mainmise sur les ressources du pays en vue de diminuer la propriété et le contrôle étrangers, et la présentation de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger. Toutefois, il a été décidé que la loi sur les corporations pourrait étayer de façon utile les présentes dispositions en assurant que la position canadienne soit exprimée à toutes les assemblées et à tous les conseils d'administration de corporations sous le contrôle de personnes qui ne sont pas des résidents canadiens. Pour atteindre ce but le projet de loi stipule ce qui suit:

- ! La majorité des administrateurs d'une corporation doit se composer de «résidents canadiens», comprenant les citoyens canadiens et les personnes de bonne foi ayant immigré au Canada.
- ! Lorsqu'une compagnie mère gagne moins de 5 % de ses revenus consolidés au Canada, seulement un tiers de ses administrateurs sont requis d'être des résidents canadiens.
- ! Les règles qui s'appliquent au conseil des administrateurs s'appliquent aussi au quorum du conseil et à quelque comité d'administrateurs que ce soit, excepté en ce qui a trait à une compagnie mère gagnant moins de 5 % de ses revenus au Canada.

Le Projet de Loi ne prévoit pas de règles spécifiques concernant les corporations contrôlées par des corporations étrangères, par conséquent, les administrateurs-employés d'une corporation peuvent être inclus pour déterminer si une corporation a une majorité d'administrateurs résidents canadiens³². [non souligné dans le texte original]

La *Loi sur l'examen de l'investissement étranger* visait à examiner et à approuver ou à refuser des investissements commerciaux au Canada³³. [TRADUCTION] «Elle était née d'un sentiment qui favorisait le nationalisme économique canadien et reflétait des principes voulant que cet

³² *Notes techniques sur le projet de loi concernant les corporations commerciales canadiennes*, 1975, p. 13.

³³ *Doing Business in Canada*, publication N° 15, Avril 1993, p. 1-17.

investissement étranger ne soit pas permis, sauf si l'on pouvait démontrer qu'il entraînerait des avantages importants pour le Canada»³⁴.

Les exigences relatives à la résidence des administrateurs ont été évoquées, tant dans les discours devant la Chambre des communes et devant le Sénat en seconde lecture que dans les débats en comité des deux chambres pour le Projet de loi C-29. Tous les orateurs ont insisté sur le lien entre ces dispositions et les autres initiatives gouvernementales visant à restreindre la propriété et le contrôle étranger.

M. Otto Lang, ministre de la Consommation et des Corporations a déclaré dans son discours de deuxième lecture du Projet de loi C-29 :

Sous ce rapport, le gouvernement a pris certaines mesures importantes ces dernières années, notamment en présentant le bill sur l'examen de l'investissement étranger et en révisant les lois réglementant les intermédiaires financiers et certaines sociétés d'exploitation des richesses naturelles afin de restreindre les prises de contrôle des sociétés étrangères. Il a été décidé que la loi sur les corporations pourrait renforcer ces politiques en garantissant que le point de vue du Canada serait exprimé dans toutes les assemblées des administrateurs et des comités d'administrateurs³⁵.

L'Opposition a appuyé cette modification³⁶.

Le seul autre débat qui a eu lieu devant la Chambre des Communes sur ce point a été une question soulevée dans le cadre des débats du Comité sur la justice et les affaires juridiques quant à savoir si la limite imposée aux administrateurs empêcherait les sociétés d'avoir accès au savoir-faire étranger et à l'expérience dont elles pourraient normalement profiter si elles avaient des administrateurs venant d'autres sociétés commerciales. Le gouvernement a répondu que les administrateurs étrangers pouvaient siéger à titre d'administrateurs à condition qu'ils ne soient pas en majorité et que des compétences spécialisées étrangères peuvent être obtenues par d'autres moyens que par celui des administrateurs³⁷.

Alberta

³⁴ **Ibi d.**

³⁵ **Chambre des communes, M. Otto Lang, ministre de la Consommation et des Corporations, Hansard, 8 novembre 1974, p. 1202-1203.**

³⁶ **Chambre des communes, M. Sinclair Stevens, député, Hansard, 8 novembre 1974, p. 1205.**

³⁷ **Chambre des communes, Hansard, 21 novembre 1974, p. 4:21.**

En 1975, l'Alberta a aussi adopté une disposition sur la résidence obligatoire des administrateurs exigeant qu'une majorité des administrateurs des sociétés albertaines soient des résidents de l'Alberta. En deuxième lecture du Projet de loi 61, *The Companies Amendment Act, 1975*, le premier ministre Loughheed a déclaré :

[TRADUCTION] Ce que nous disons dans le Projet de loi 61, c'est qu'il ne fait pas de doute que dans une perspective de propriétaire et d'actionnaire, l'investissement est le bienvenu de toutes les parties du Canada et à toutes fins pratiques, du monde entier, et bien accueilli en Alberta pour créer des sociétés dans cette province. (...)

L'aspect fondamental qui sous-tend le projet de loi 61 est, à notre avis, d'évaluer la stratégie industrielle de l'Alberta, c'est-à-dire qu'il est important de savoir comment nous avons développé la province en tant que telle. Il est important qu'il y ait une responsabilité et une conscience de la part des sociétés quant à la nature de l'expansion économique albertaine au cours de la prochaine décennie, parce que nous souhaitons que ce développement se produise dans l'intérêt des Albertains et aille dans des directions quelque peu différentes de ce qu'il a connu par le passé.

(...) comme nous l'avons dit dans notre mission en Europe, et comme nous l'avons dit dans d'autres parties du Canada, nous voulons que vous veniez ici avec vos dollars, non pas pour acheter des terrains vacants et les conserver comme protection contre l'inflation, non pas que vous veniez ici et que vous utilisiez votre argent seulement pour votre propre profit, mais pour être un associé des gens d'affaires albertains dans la situation actuelle et créer des coentreprises. Cela signifie qu'il faut participer à des partenariats avec les Albertains qui habitent ici, qui ont leurs racines ici et qui ont un engagement dans la province.

Je pense qu'un Projet de loi comme celui-ci constitue un message parce que ce n'est pas une majorité, ce n'est pas 100 %, seulement la moitié. C'est un message aux gens d'affaires pour leur dire ce que nous souhaitons... Il est sûr qu'ils ont une responsabilité en tant qu'entreprise pour garantir qu'au moins la moitié des personnes qui prennent les décisions dans les sociétés pour elles vivent ici et sont touchées par nos considérations d'environnement, d'éducation, et d'ordre social, commercial, fiscal et autres. J'estime qu'il est extrêmement important à ce stade de notre développement de tenir compte de ces facteurs³⁸.

Avant la fin de la décennie, toutes les provinces, à l'exception des trois provinces des Maritimes et du Québec avaient adopté une exigence relative à la résidence des administrateurs.

³⁸ Alberta Hansard, 20 novembre 1975, p. 1224.

Évolution récente

Quoique bon nombre de choses aient été dites sur la *Loi sur l'examen de l'investissement étranger* et celle qui l'a remplacée, la *Loi sur Investissement Canada*, il y a eu peu de discussions sur la question de l'exigence de résidence pour les administrateurs en vertu de la LCSA depuis son adoption. Il y a une exception à cela dans le Rapport de la Commission Macdonald qui a recommandé ce qui suit en 1985 :

La Loi sur les corporations commerciales canadiennes exige que la majorité des directeurs d'une société canadienne soient «résidents canadiens» et la plupart des lois provinciales sur les sociétés contiennent une exigence semblable. Ces lois fédérales et provinciales sur les sociétés n'imposent cependant pas de devoirs ou d'exigences particulières aux directeurs canadiens pour assurer que, dans l'entreprise, les décisions sont prises en tenant compte du point de vue canadien plutôt qu'étranger. Et pourtant, il est évident que les décisions prises par les directeurs canadiens concernant leur société devraient refléter leurs idées sur les ambitions et les intérêts de notre communauté nationale. Les commissaires pensent qu'il faudrait modifier la législation actuelle sur les sociétés pour y ajouter des dispositions obligeant les directeurs canadiens à donner aux intérêts canadiens une considération sérieuse et continue, lorsqu'ils prennent des décisions importantes qui concernent leur société. La législation devrait exiger des directeurs canadiens qu'ils soumettent, avec la déclaration qui contient les renseignements que nous venons de décrire, un rapport annuel expliquant les efforts de leur société en vue de promouvoir les objectifs de rendement figurant dans le code général de conduite proposé³⁹. Une telle obligation permettrait un examen public de la manière dont les directeurs se sont acquittés de leur responsabilité de tenir compte des intérêts du Canada⁴⁰.

³⁹ Le code de conduite proposé par la Commission Macdonald comprendrait des questions comme les dépenses de recherche et développement, les acquisitions auprès de firmes du même groupe et des exportations auprès de sociétés affiliées et d'acheteurs sans lien de dépendance (p. 242).

⁴⁰ *Rapport Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada*, 3 vol., 1985, 2: 266.

ANNEXE B

ÉTUDE SUR LA PRISE DE DÉCISION PAR LES CONSEILS D'ADMINISTRATION

Pratiquement vingt ans se sont écoulés depuis la mise en oeuvre des exigences relatives à la résidence des administrateurs dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. Toutefois, aucune étude n'a été entreprise pour vérifier l'efficacité et l'efficacité des exigences. Des recherches faites par Industrie Canada n'ont pas mis en évidence d'étude sur la question particulière de l'amélioration du pouvoir décisionnel dans les conseils d'administration lorsqu'une majorité d'administrateurs sont des résidents canadiens. Ce manque de données empiriques, en ce qui concerne l'amélioration du pouvoir de décision dans les conseils, est probablement imputable au fait qu'aucun contrôle n'a été effectué sur cette question depuis l'adoption de la disposition. Comme il a été souligné dans le Rapport Macdonald, «les lois fédérales et provinciales sur les sociétés n'imposent cependant pas de devoirs ou d'exigences particulière aux directeurs canadiens pour assurer que, dans l'entreprise, les décisions sont prises en tenant compte du point de vue canadien plutôt qu'étranger».

Un auteur américain, Mark P. Kriger, a écrit certains articles sur le rôle des conseils d'administration des filiales. Dans un de ces articles, Mark Kriger a précisé que comme les sociétés multinationales [TRADUCTION] «rationalisent de plus en plus leurs systèmes internationaux et soupèsent les considérations d'économie comparative, elle commencent à fermer des installations de fabrication et à transférer la production à des filiales plus efficaces. Ces décisions peuvent avoir des effets dévastateurs pour les filiales. La présence d'un conseil fort dans une filiale, qui soit capable de discuter de ses décisions politiques avec la société mère, peut aider à créer des solutions de rechange qui sont plus sensibles aux besoins du pays hôte. Le conseil peut en arriver à un compromis viable entre une solution économique optimale à court terme, du point de vue de la société mère et une acceptation à long terme de la filiale dans le pays hôte»¹.

Ce type [TRADUCTION] «d'utilisation dynamique des conseils de filiale permet à la fois de faire face aux pressions locales d'ordre juridique et politique et d'accroître l'accès à l'information sur le développement économique local». En utilisant cette information de façon plus étendue, certaines multinationales ont commencé à développer des conseils de filiale très actifs pour se diriger de façon stratégique dans l'arène multinationale. Les gouvernements hôtes peuvent alors commencer à percevoir les multinationales comme moins hostiles au pays local. [TRADUCTION] «Tout cela dépend beaucoup des processus internes de ces conseils et de leur relation permanente avec les gouvernements locaux. Si elle est bien gérée, la relation entre la filiale et le gouvernement hôte peut devenir un avantage pour les deux parties»².

¹ Mark P. Kriger, *Strategic Governance: Why and How MNCs are using Boards of Directors in Foreign Subsidiaries*, *Columbia Journal of World Business*, hiver 1987, p. 44.

² Mark P. Kriger, *The Increasing Role of Subsidiary Boards in MNC's: An Empirical Study*, *Strategic Management Journal*, vol. 9, 1988, p. 356.

Pour favoriser le recours dynamique au conseil d'administration des filiales, Mark P. Kriger recommande aux cadres de la société mère qu'à la fois des administrateurs internes et externes soient nommés au conseil et que le profil des points forts des administrateurs corresponde aux besoins actuels et prévisibles des filiales³.

Kriger propose également aussi que le conseil ait suffisamment de pouvoir décisionnel pour faire connaître son point de vue⁴. Il est important que les administrateurs puissent influencer sur la société mère en ce qui concerne les décisions importantes visant la filiale.

Kriger recommande aussi d'avoir un [TRADUCTION] «engagement de principe pour que le conseil d'administration de la filiale d'une multinationale étrangère inclut des notables locaux afin d'aider à créer des possibilités d'entente entre les pays hôtes et les filiales étrangères»⁵. [TRADUCTION] «Des conseils d'administration actifs dans les filiales pourraient aider à éviter et à prévenir des catastrophes locales, tout en créant une vision au sein de la société dans les structures complexes que nous avons fini par appeler des multinationales»⁶. Toutefois, Kriger ne recommande pas qu'il y ait un nombre ou une partie spécifique constituée d'administrateurs locaux.

Tout comme pour promouvoir des possibilités d'entente, un article récent de *The Economist*⁷ avance que la mondialisation encourage les grandes multinationales à diversifier leur conseil d'administration et leur haute direction, ainsi que ceux des filiales. Le président de Matsushita, un géant de l'électronique japonais, a déclaré que pour devenir une société véritablement mondiale, son entreprise devrait diversifier sa haute direction. De la même manière, Sony vise à donner le plus haut poste dans chacune de ses filiales à un gestionnaire du pays hôte. Sony a aussi nommé trois étrangers à son conseil d'administration.

Un autre exemple donné est celui d'ABB, entreprise dont le conseil d'administration est constitué de huit administrateurs de quatre nationalités différentes et d'un comité exécutif de huit personnes provenant de cinq pays. Les sociétés multinationales semblent être beaucoup plus préoccupées d'avoir une représentation mondiale dans leur propre conseil et dans le conseil de leurs filiales.

³ *Ibid*, p. 356.

⁴ *Ibid*, p. 357.

⁵ *Idem*, *Strategic Governance*, p. 45.

⁶ *Ibid*, p. 45.

⁷ *The Economist*, 30 juillet 1994, p. 57.

ANNEXE C

L'ALÉNA

L'article 1107 de l'ALÉNA traite particulièrement de la question des exigences relatives à la résidence des administrateurs. Cet article est intitulé «Dirigeants et conseils d'administration» et il figure au chapitre 11 «Investissement» de la partie V «Investissement, services et questions connexes». L'article 1107 se lit comme suit:

- (1) Aucune des Parties ne pourra obliger une entreprise sur son territoire qui est un investissement effectué par un investisseur d'une autre Partie à nommer comme dirigeants des personnes d'une nationalité donnée.
- (2) Une partie pourra exiger que la majorité des membres du conseil d'administration ou d'un comité du conseil d'administration d'une entreprise sur son territoire qui est un investissement effectué par un investisseur d'une autre Partie soient d'une nationalité donnée, ou résident sur son territoire, à condition que cette exigence ne compromette pas de façon importante la capacité de l'investisseur à contrôler son investissement. [non souligné dans le texte original]

Les exigences de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* en ce qui concerne la composition du conseil d'administration et des comités semble être visée par la clause 2. La troisième exigence canadienne sur le quorum d'administrateurs canadiens pour que le conseil puisse délibérer, ne semble pas être contraire à l'article 1107.

L'article 1108 permet aux parties d'inclure dans leur liste, aux annexes, différentes exceptions et dérogations aux exigences imposées par l'ALÉNA. L'article 1108(1) prévoit que l'article 1107 et les autres articles ne s'appliquent pas à une mesure non conforme existante indiquée à l'Annexe 1. Cet annexe spécifie les dispositions concernant la résidence des administrateurs de la LCSA. Il n'y a pas d'engagement en vue de faire disparaître progressivement ces exigences.

Les négociateurs américains ont soutenu qu'aucune exception ou dérogation n'était nécessaire en ce qui concerne la LCSA et les exigences semblables sur la résidence des administrateurs parce que ces dispositions étaient expressément prévues à l'article 1107(2). Toutefois, pour garantir que les investisseurs américains ne puissent pas soutenir que les dispositions relatives à la résidence dans la LCSA gênent de manière importante leurs investissements et contreviennent à l'ALÉNA, des réserves spécifiques ont été exprimées.

Que l'article 1107(2) protège les exigences relatives à la résidence des administrateurs au sens de la LCSA ou qu'elles soient préservées par la réserve exprimée à l'article 1108 et à l'Annexe 1, ces dispositions ne portent pas atteinte du moins à la lettre de l'ALÉNA ou de l'AGCS.

En ce qui concerne l'esprit de l'Accord, les objectifs déclarés de l'ALÉNA dans le chapitre sur les investissements sont de :

- 1) faire disparaître de manière importante les obstacles à l'investissement;
- 2) garantir une protection non discriminatoire des investisseurs des pays de l'ALÉNA et de leurs investissements;
- 3) permettre aux investisseurs d'avoir accès à l'arbitrage international pour régler les conflits en matière d'investissement¹.

De la même manière, il est également prévu, avec des exceptions limitées, que chaque pays traitera les investisseurs des pays de l'ALÉNA de manière non moins favorable qu'il traite ses propres investisseurs (traitement national) ou les investisseurs des autres pays (clause de la nation la plus favorisée)².

En fin de compte, bien que les exigences relatives à la résidence ne semblent pas respecter les exigences expresses de l'ALÉNA, on peut dire qu'elles ne portent pas atteinte à son esprit.

¹ *L'Accord de libre-échange nord-américain, Évaluation économique dans une perspective canadienne*, Ministère des Finances, novembre 1992, p. 44.

² *Ibid.*

ANNEXE D

APPLICATION EXTRATERRITORIALE DES LOIS ÉTRANGÈRES

Introduction

L'application extraterritoriale des lois étrangères (extraterritorialités) et les règles juridiques concernant la résidence des administrateurs sont des questions intimement liées.

Les extra-territorialités découlent du fait que les États revendiquent leur compétence à l'égard d'activités qui se produisent en dehors de leur territoire, mais qui touchent leur économie et leurs affaires¹. Il existe plusieurs types d'extraterritorialité. Certains cas précis qui se sont produits pendant les années 1970 ont suscité des inquiétudes chez les Canadiens et ont contribué à l'adoption des exigences relatives au lieu de résidence des administrateurs.

La question de l'extraterritorialité des lois est extrêmement large. Sans une étude approfondie et exhaustive, il serait difficile d'évaluer toute son incidence sur la disposition de la LCSA en matière de résidence des administrateurs. La présente annexe donne une vue d'ensemble de la question et traite de l'un des domaines qui a donné lieu aux différends les plus acerbes (le contrôle américain des exportations vers Cuba), et de la réaction du Canada.

Vue d'ensemble sur les extra-territorialités

L'extraterritorialité dans les années 1990, le Document de travail numéro 15, préparé pour Investissement Canada offre une vue d'ensemble utile sur l'extra-territorialité. Les aspects importants de cette étude et d'autres documents secondaires sont présentés ci-après.

Les aspects suivants qui sont traités dans le document *L'extraterritorialité dans les années 1990* ont un certain intérêt :

- ! Il existe un certain nombre de domaines dans lesquels existent des conflits extraterritoriaux et où les lois, les règlements ou les décisions d'un autre État peuvent nuire à ceux du Canada.
- ! Ces domaines sont : les lois antitrust, les ordonnances judiciaires imposant la production et la communication de documents dans les instances judiciaires, la réglementation des valeurs mobilières, les lois visant des objectifs liés à la politique étrangère (comme le contrôle des exportations et les gels d'actif), ainsi que les litiges transnationaux de nature privée.

¹ Investissement Canada, *L'extra-territorialité dans les années 1990*, Document de travail numéro 15, 1993, p. i.

- ! Avec la mondialisation croissante, l'application extraterritoriale des lois sera de plus en plus fréquente, ce qui peut être une bonne chose si la réglementation adéquate du commerce international l'impose. Toutefois, en l'absence d'un cadre juridique adéquat pour protéger les États moins puissants, il peut s'agir d'une évolution peu favorable.
- ! Grâce à la convergence des lois antitrust et des lois régissant les valeurs mobilières dans les pays de l'OCDE, la portée des conflits dans bon nombre d'applications extraterritoriales des lois s'en trouve réduite². Toutefois, l'importance de cette réduction est sujet à discussion³. Le principal domaine de conflits est celui des objectifs liés à la politique étrangère particulièrement ceux des États-Unis, lesquels sont mis en oeuvre par des mesures de contrôle des exportations et des gels d'actif.
- ! Les mesures américaines extraterritoriales sont de loin les plus importantes mais la Communauté européenne exerce également une certaine compétence extraterritoriale, en particulier dans le domaine de la lutte antitrust.

La doctrine de l'«entité économique» de la Communauté européenne

On invoque un certain nombre de fondements à la compétence visant des sociétés constituées à l'étranger et leur exploitation. La Communauté européenne a recours à la doctrine de l'«entité économique» pour se déclarer compétente, en particulier en droit de la concurrence, sur les sociétés mères étrangères de filiales exploitées dans la Communauté européenne.

L'extra-territorialité dans les années 1990 mentionne ce type de justification de la compétence comme étant la «théorie de l'unité». Un autre auteur en parle dans des termes différents:

² Le document *L'extra-territorialité dans les années 1990* présente, de façon détaillée, plusieurs méthodes que les gouvernements ont adoptées pour réduire les conflits (pp. 21 à 24), notamment par les travaux de l'OCDE et des traités bilatéraux. Par exemple, après des années de négociation (qui ont commencé en 1959), les États-Unis et le Canada ont signé l'Entente sur la notification, la consultation et la coopération en ce qui concerne l'application des lois nationales antitrust (le 9 mars 1984) 23 I.L.M. 275, décrit dans l'ouvrage de Jean-Guy Castel, *Extraterritoriality in International Trade* (1988) pp. 90-91. Dans le droit des valeurs mobilières et dans plusieurs autres domaines, les États-Unis et le Canada ont signé le traité sur l'assistance juridique mutuelle en matière criminelle (18 mars 1985) dont traite l'ouvrage de C. Greene «International Securities Law Enforcement: Recent Advances in Assistance and Cooperation» (1994) 27 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 635, aux pp. 646 à 649.

³ L'affaire *Hartford Fire Ins. Co. v. California* illustre très bien une différence primordiale qui, à la suite de la décision de la Cour suprême des États-Unis, demeure sans réponse [(125 L Ed 2d 612) Cour suprême des États-Unis, 28 juin 1993]. Le Canada, en tant que tierce partie, s'est senti obligé de comparaître devant la Cour pour donner des renseignements d'ordre judiciaire (la tierce partie est tenue de comparaître, même si elle n'a aucun intérêt dans l'affaire).

[TRADUCTION] «l'application du principe de la territorialité peut aussi prendre la forme d'une compétence fondée sur l'unité économique, sur l'entité d'entreprise ou sur la théorie du partenariat réciproque»⁴.

[TRADUCTION] (...) la [Cour européenne de justice] a maintenu la compétence fondée sur le contrôle exercé par les sociétés mères sur leurs filiales. Les actes des filiales devaient être traités comme les actes de la société mère, et ils étaient ainsi imputés à l'activité des sociétés mères dans la Communauté.

(...) la Cour européenne de justice (...) a reconnu la doctrine de la compétence fondée sur l'«entité économique», en ce qui concerne une société mère qui n'est pas dans la Communauté européenne, pour les actes de ses filiales au sein de la Communauté⁵.

Il existe très peu de documents sur le droit de la Communauté européenne et la doctrine de l'«entité économique».

Pendant les consultations qui ont eu lieu l'an dernier, un avocat a fait remarquer que certains clients européens ne s'opposaient pas à l'obligation de résidence pour la majorité du conseil d'administration parce que la présence d'une majorité d'étrangers était un élément clé pour établir l'indépendance d'une filiale. Apparemment, cette indépendance est importante pour certaines règles d'imposition. Si nous comprenons bien, dans certains cas, une société mère n'aurait pas à payer d'impôt sur les profits d'une filiale indépendante. Il n'est pas clair que cela soit pertinent ou non pour les autres aspects de l'extra-territorialité.

Le contrôle des exportations américaines

Les Américains ont fait valoir leur compétence sur les filiales des sociétés mères américaines. Habituellement, ils invoquent comme critère le fait que l'entreprise est américaine ou sous contrôle américain, mais le processus décisionnel a parfois aussi un certain intérêt⁶. Le document intitulé *L'extraterritorialité dans les années 1990* renferme des commentaires sur l'exécution des lois concernant les objectifs liés à la politique étrangère, en particulier les mesures de contrôle des exportations et les gels d'actif :

⁴ Castel, p. 16.

⁵ Roth, «Reasonable Extraterritoriality: Correcting the Balance of Interests», (1992) 41 *International and Comparative L. Q.* 245, pp. 161 et 162.

⁶ Voir discussion ci-après sur les règles américaines en matière de commerce avec Cuba.

Les mesures de contrôle des exportations imposées dans le but d'assurer le respect des objectifs sous-jacents à une politique étrangère ont fait l'objet de nombreux conflits. Encore là, ce sont les États-Unis qui se sont fait les principaux défenseurs de ces mesures de contrôle. Ils ont revendiqué leur compétence à l'égard d'opérations faites à l'étranger en invoquant (i) un lien corporatif entre la société mère américaine et sa filiale étrangère (la théorie de l'unité) ou, moins fréquemment, (ii) l'argument selon lequel les produits et les données techniques exportés en dehors des États-Unis demeurent assujettis à la compétence de ce pays. L'application de sanctions économiques américaines a eu des conséquences extraterritoriales, notamment en Chine et en Corée du Nord, à Cuba et en Iran. Par suite du boycott d'Israël par les Arabes, les États-Unis ont adopté des dispositions anti-boycott qui s'appliquaient jusqu'à un certain point en dehors de leur territoire dans le cas des filiales étrangères de sociétés américaines participant à des opérations commerciales américaines.

La revendication la plus notoire de la compétence extraterritoriale est peut-être celle qui a été formulée dans le litige concernant le pipeline sibérien. En juin 1982, par suite de la participation soviétique à la répression politique en Pologne, les États-Unis ont imposé des sanctions touchant l'exportation et la réexportation de marchandises et de données techniques liées à l'exploration, à l'acheminement et au raffinage de pétrole et de gaz⁷.

Commerce avec Cuba

La législation américaine en matière d'extra-territorialité est vaste et complexe. Notre recherche a donc surtout porté sur le domaine de conflits le plus acerbé entre le Canada et les États-Unis, savoir les règles américaines concernant le commerce avec Cuba.

Ces règles extraterritoriales américaines relatives au commerce avec Cuba remontent aux années 1960. Le document intitulé *L'extraterritorialité dans les années 1990* note, à la page 12, que le règlement intitulé *1963 Cuban Assets Control Regulations*⁸, adopté en vertu de la *Trading with the Enemy Act*, interdisait aux filiales des sociétés américaines de faire du commerce avec Cuba. Il existait cependant plusieurs exemptions. Les filiales étrangères ne pouvaient pas, semble-t-il, commercer avec Cuba si la transaction passait par des comptes en dollars américains ou portait sur des marchandises d'origine américaine.

De tels règlements ont probablement joué un rôle dans les affaires MLW Worthington et Cole Division de Litton Business Equipment Ltd. qui ont eu lieu au moment du débat sur les règles de résidence des administrateurs de la LCSA. Au printemps 1974, le gouvernement américain

⁷ *L'extra-territorialité dans les années 1990*, pp. 9 à 11.

⁸ 31 C. F. R. 515. 541.

semblait être sur le point de bloquer une vente de trente locomotives à Cuba, d'une valeur de 15 millions de dollars, par MLW Worthington Ltd de Montréal, une filiale de Studebaker-Worthington de Harrison (New-Jersey)⁹. Dans cette affaire, les États-Unis étaient sur le point d'interdire la vente de locomotives au motif qu'elle aurait violé la *Trading with the Enemy Act* américaine.

Le conseil d'administration de MLW Worthington Ltd. a tenu un vote sur la question de savoir s'il y avait lieu de poursuivre les négociations avec les Cubains. Les neuf administrateurs canadiens ont voté par l'affirmative. L'unique administrateur américain présent a voté par la négative et un second administrateur américain, absent pour cause de maladie, a fait savoir qu'il aurait été contre s'il avait été présent. On a prétendu que le vote négatif des administrateurs américains les avait exonéré de toute violation de la loi américaine.

Dans une autre affaire qui a été beaucoup plus médiatisée, en décembre 1974, une filiale canadienne de fabrication, la division Cole de Litton Business Equipment Ltd., n'a pu remplir une commande pour la vente de meubles à Cuba, en raison de la *Trading with the Enemy Act*. À l'époque, les administrateurs de la filiale canadienne de Litton étaient des citoyens et résidents américains. Apparemment, Washington ne s'est pas opposé à l'opération mais comme la société mère, Litton Business Equipment Ltd., dépendait beaucoup de contrats avec la Défense américaine, elle a choisi d'interpréter la loi de façon littérale pour ne pas risquer de froisser Washington¹⁰.

Adoption des exigences relatives à la résidence des administrateurs à la LCSA et modifications des lois sur la concurrence du Canada

Ces deux affaires ont été évoquées au moment de l'étude du projet de loi de la LCSA. D'après un article de journal, les dispositions de la LCSA relatives à la résidence des administrateurs étaient proposées à cause de l'affaire Worthington. Dans l'article, l'auteur affirmait également que ces règles relatives à la résidence allaient faire échec à l'application des lois étrangères dans des situations semblables à celles de l'affaire Litton¹¹.

⁹ «Ottawa to fight ban on Canadian sale to Cuba», *The Globe and Mail*, 24 décembre 1974, pp. 1 et 2.

¹⁰ *Time*, *The Weekly Magazine*, vol. 105, no. 1, p. 35, 6 janvier 1975.

¹¹ «Ottawa to fight ban on Canadian sale to Cuba», *The Globe and Mail*, 24 décembre 1974, p. 2.

Pendant la même période, outre l'adoption des exigences de résidence dans la LCSA, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*¹² qui s'appelle maintenant la *Loi sur la concurrence*¹³, a été modifiée pour bloquer, entre autres, les extra-territorialités. Grâce à ces nouvelles dispositions, le Tribunal de la concurrence peut enjoindre à des personnes au Canada de ne pas prendre de mesures visant à mettre en oeuvre une loi ou une directive étrangère ou encore un jugement d'un tribunal étranger si cette mise en oeuvre devait causer préjudice au commerce extérieur du Canada, sans avantages compensatoires¹⁴.

Toutefois, depuis l'adoption de ces dispositions il y a vingt ans, le Tribunal de la concurrence n'a jamais émis d'ordonnance en vertu de celles-ci. Nous croyons comprendre cependant que ces dispositions ont été utiles dans des négociations et, dans un cas au moins, le Tribunal était prêt à émettre une ordonnance. Il est difficile de savoir si la *Loi sur la concurrence* a été efficace pour traiter la question des extra-territorialités.

Modifications apportées en 1975 et 1977 aux règles américaines sur le commerce avec Cuba

Probablement à la suite de pressions émanant de gouvernements étrangers et, notamment, du Canada, le règlement intitulé *1963 Cuban Assets Control Regulations* qui interdisait le commerce avec Cuba, a été modifié en 1975 afin d'autoriser

(...) les filiales étrangères à faire affaires avec Cuba, si l'État hôte n'interdisait pas ces échanges. Cependant, selon d'autres modifications adoptées en 1977, aucune personne se trouvant à l'intérieur des États-Unis n'avait désormais le droit de participer à des opérations cubaines autorisées en vertu d'une licence. Les licences étaient délivrées uniquement si la filiale était indépendante de sa société mère américaine en ce qui a trait au processus décisionnel, à la prise de risques, au financement et à la poursuite des activités pour lesquelles la licence était requise et si, de façon générale, elle exploitait son entreprise de façon indépendante¹⁵. [non souligné dans le texte original]

¹² S. R. C. 1970, c. C-23.

¹³ *Loi sur la concurrence*, L. R. C. (1985), c. C-34.

¹⁴ *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S. C. 1974-75-76, c. 76, art. 12, ajoutant les articles 31.5 et 31.6. Ces dispositions sont maintenant devenues les articles 82 et 83 de la *Loi sur la concurrence*, L. R. C. (1985), c. C-34.

¹⁵ *L'extra-territorialité dans les années 1990*, p. 12. Voir plus amples discussions sur la question de l'indépendance du pouvoir décisionnel ci-après.

En vertu de ces règles de 1977¹⁶, le commerce entre les entreprises américaines (ou sous contrôle américain) et Cuba a été autorisé [TRADUCTION] «lorsque la loi locale l'oblige, ou lorsque la politique du pays tiers est favorable au commerce avec Cuba». Il existait cependant plusieurs conditions parmi lesquelles celle où [TRADUCTION] «la société du même groupe doit être généralement indépendante dans les opérations pour lesquelles le permis est demandé, notamment sur le plan de la prise de décisions, de l'acceptation des risques, des négociations, du financement ou du montage financier et du rendement»¹⁷. La résidence des administrateurs du conseil de la filiale peut avoir eu une incidence sur la question de savoir si la filiale était «généralement indépendante» et dotée d'un «pouvoir décisionnel» indépendant. Ainsi, la composition du conseil et la nécessité d'avoir un conseil majoritairement canadien ont pu influencer sur l'application de cette loi américaine à une filiale canadienne d'une société américaine.

Dans un article de 1992 paru dans le *Globe and Mail*, on expliquait comment le commerce des sociétés américaines avec Cuba, par l'entremise de leurs filiales, était en expansion :

[TRADUCTION] Même les entreprises américaines ont beaucoup augmenté les exportations de grain et de blé à destination de Cuba en utilisant des filiales étrangères pour se dérober à l'embargo.

Les compagnies américaines ont vendu pour 56 millions de dollars de nourriture à Cuba en 1988. Ce chiffre a doublé en 1989, et il est passé à 500 millions de dollars l'année dernière [1991]¹⁸.

Modifications apportées en 1992 aux règles américaines sur le commerce avec Cuba

Dans *L'extraterritorialité dans les années 1990*, on renvoie à un élargissement de l'interdiction proposé en 1990 :

[...] selon le projet de modification («*Mack Amendment*») de la *U.S. Export Administration Act*, il aurait été illégal pour toute filiale américaine, y compris les filiales se trouvant au Canada, de faire affaire avec Cuba. Le gouvernement canadien a annoncé qu'il prendrait un décret en application de la *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères* en vue d'interdire à toute société établie au Canada de se conformer à la loi américaine. Finalement, le président Bush s'est opposé à la modification (...) ¹⁹.

¹⁶ 31 C. F. R. 515. 559b).

¹⁷ S. 515. 559d).

¹⁸ «Cuba casts about for economic pals», *The Globe and Mail*, 23 mars 1992, p. B4.

¹⁹ *L'extra-territorialité dans les années 1990*, p. 12.

Toutefois, deux années plus tard, le projet de loi a de nouveau été proposé et, cette fois-ci, il a été adopté.

La *Cuban Democracy Act of 1992* a été adoptée le 23 octobre 1992²⁰. L'article 1702 énonce les conclusions du Congrès, y compris l'article 1702(8) :

[TRADUCTION] Les États-Unis ont coopéré avec leurs alliés européens et autres pour aider la transition difficile en Europe de l'Est, à la fin des régimes communistes. Par conséquent, il convient que ces alliés collaborent avec la politique américaine pour promouvoir une transition pacifique à Cuba.

L'article 1703 prévoit que :

[TRADUCTION] Les États-Unis devraient avoir comme politique

- (1) de viser une transition pacifique vers la démocratie et une reprise de la croissance économique à Cuba, par l'application soigneuse de sanctions dirigées contre le gouvernement de Castro et un appui au peuple de Cuba;
- (2) de demander la collaboration d'autres pays démocratiques dans cette politique;
- (3) de dire clairement aux autres pays que, lorsque les États-Unis établissent des relations avec eux, ils tiennent compte de la volonté qu'ils ont de collaborer à une telle politique (...)

L'article 1704 «Coopération internationale» propose que :

[TRADUCTION] a) PARTENAIRES COMMERCIAUX AVEC CUBA.-- Le président devra encourager les gouvernements des pays qui font du commerce avec Cuba à restreindre leur commerce et leur relation de crédit avec Cuba, d'une façon qui corresponde aux objets du présent titre.

L'article 1704(b) impose des sanctions aux pays qui fournissent de l'aide sous forme de subsides, concessions, garanties ou assurances au gouvernement de Cuba. Les sanctions ont pour effet de rendre ces pays inadmissibles à l'aide étrangère américaine ou à la réduction des dettes.

L'article 1706 abroge essentiellement les règlements de 1975 et de 1977 qui permettaient aux filiales américaines de faire du commerce avec Cuba. Ce règlement plus restrictif interdit à toute [TRADUCTION] «entreprise américaine ou sous contrôle américain», ou à tout dirigeant, administrateur ou mandataire de la filiale de faire affaire avec Cuba²¹. L'expression «entreprise

²⁰ Titre XVII du *National Defense Authorization Act for the Fiscal Year 1993*, Public Law 102-484, arts. 1701 à 1712.

²¹ 31 C. F. R. 515. 559a).

américaine ou sous contrôle américain» ne semble pas définie, mais concerne la propriété de la société plutôt que la structure du conseil.

Les peines pour violation de l'interdiction faite au commerce avec Cuba sont sévères. L'article 1710 de la *Cuban Democracy Act of 1992* applique l'article 16 de la *Trading with the Enemy Act*, 50 U.S.C. App. 16. Selon l'article 16 :

[TRADUCTION] Quiconque viole délibérément toute disposition de cette loi ou toute licence, règle ou tout règlement émis en vertu de celle-ci est passible, sur condamnation, d'une amende maximale de 1 000 000 \$ ou, s'il s'agit d'une personne physique, d'une amende maximale de 100 000 \$ ou d'une peine d'emprisonnement maximale de 10 ans, ou des deux, et le dirigeant, administrateur ou mandataire de la société qui participe sciemment à cette violation est passible d'une amende maximale de 100 000 \$ ou d'une peine d'emprisonnement maximale de 10 ans, ou des deux.

Les gouvernements du Canada, de Cuba et du Royaume-Uni, ainsi que la Communauté européenne, les Nations Unies et d'autres encore, ont exprimé leurs objections véhémentes à cette loi²².

Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères

En 1984, le Parlement a adopté la *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères*²³ («LMEE») canadienne. Dans un article publié dans une revue de droit, William C. Graham examine avec soin cette loi et son historique :

[TRADUCTION] (...) cette loi a été présentée à l'origine par le gouvernement précédent en 1980, pratiquement sous la même forme... mais elle est morte au feuillet en novembre 1983. (...) Il s'agit là d'une loi remarquable, l'aboutissement d'une frustration souvent exprimée que les Canadiens ont vécue à cause de l'application extraterritoriale des lois américaines au Canada. Ce phénomène n'est pas limité, bien sûr, aux relations entre le Canada et les États-Unis, et la loi traduit des préoccupations et contient des dispositions qui peuvent se trouver dans toute législation dans d'autres juridictions où des mesures,

²² Voir notamment : «Cuba glitters in investors' eyes», *The Globe and Mail*, 2 août 1993, p. B4, «Britain defies ban on trade with Cuba», *The Globe and Mail*, 23 octobre 1992, p. B2, «UN resolution seeks repeal of U.S. embargo against Cuba», *The Globe and Mail*, 25 novembre 1992, p. A12, «U.S. opposes Canada's phone service to Cuba», *The Globe and Mail*, 9 juillet 1993, p. B8, «U.S. telephone companies complying with order to cut off relay calls to Cuba», *The Financial Post*, 14 juillet 1993.

²³ L. R. C. (1985), c. F-29.

certaines défensives, d'autres offensives de nature, ont été prises pour faire face au même problème²⁴.

L'article présente le contexte historique de l'adoption de la LMEE :

[TRADUCTION] Car il faut reconnaître que cette législation, quoi qu'elle ne le dise pas de façon spécifique, vise surtout les États-Unis et représente la riposte la plus agressive qui ait été adoptée jusqu'à présent par le Canada, face au problème de l'application extraterritoriale des lois américaines aux activités dans ce pays.

Il peut sembler plutôt surprenant, dans le contexte de la rencontre entre le Premier ministre et le Président, en mars 1985, à Québec, et d'après la volonté exprimée d'en arriver à une entente sur le libre-échange avec les États-Unis, que le gouvernement actuel ait adopté une mesure aussi brutale. Bien entendu, il reste à savoir comment elle sera appliquée; il se peut que ce soit seulement une manière de signifier à l'administration américaine qu'il existe au Canada des mesures de défense, voire de rétorsion, pour protéger la souveraineté économique du Canada, si les limites de la courtoisie internationale étaient violées par l'affirmation de l'autorité américaine sur des questions jugées surtout et parfois même exclusivement de nature canadienne²⁵.

Graham examine ensuite brièvement [TRADUCTION] «les antécédents historiques [de l'adoption de la LMEE] qui sont à la fois importants et nombreux et des cas, entre autres, où les lois américaines ont été appliquées pour sanctionner des activités menées au Canada par des Canadiens, en conformité avec des politiques fédérales ou provinciales particulières»²⁶.

[TRADUCTION] (...) les lois concernant des domaines divers comme les pratiques restrictives de commerce, les mesures de contrôle à l'exportation, les valeurs mobilières (à la fois à l'égard des pratiques corrompues et de la législation sur le boycott arabe), la faillite et l'insolvabilité, la fiscalité (les taxes unitaires des États), pour n'en nommer que quelques-uns, ont été appliquées à des faits et gestes qui étaient surtout survenus au Canada²⁷.

L'article fait référence à l'affaire *Canadian Radio Patents Limited* dans laquelle le gouvernement canadien avait tenté de promouvoir la création d'un secteur de la télévision typiquement canadien.

²⁴ Graham, «The Foreign Extraterritorial Measures Act», (1986) 11 Can. Bus. L. J. 410, p. 410.

²⁵ Graham, pp. 412 et 413.

²⁶ Graham, p. 413.

²⁷ Graham, p. 413.

Le gouvernement américain a poursuivi la société mère de plusieurs filiales canadiennes pour infraction en matière de concurrence, conformément à la *Sherman Antitrust Act*.

[TRADUCTION] (...) comme l'a fait remarquer le ministre [de la Justice de l'époque - 1959], dans son discours [devant la Chambre des communes], cette affaire américaine a eu pour effet d'imposer aux administrateurs de sociétés canadiennes de «prendre certaines mesures relatives au fonctionnement de ces sociétés au Canada, alors que ces mesures ne seraient pas imposées par la loi canadienne, ou seraient conformes à la politique commerciale canadienne, mais seraient dictées par les exigences de la politique américaine». Il a ensuite ajouté qu'il déplorait «d'entendre dire, ce qu'il jugeait inacceptable, à savoir que les filiales étrangères des sociétés mères américaines ne sont que de simples appendices du commerce américain et qu'elles sont assujetties à la politique américaine beaucoup plus qu'aux lois et aux intérêts commerciaux des pays dans lesquels les filiales sont constituées et font des affaires»²⁸.

Graham a ensuite mentionné une autre affaire :

[TRADUCTION] Plus récemment, les Canadiens ont été touchés par l'affaire de la Banque de Nouvelle-Écosse, en Floride, qui a eu lieu lorsqu'un tribunal de cet État a exigé qu'une succursale de cette banque produise des documents détenus par ses filiales constituées de façon distincte aux Bahamas et aux îles Cayman, ce qui est clairement en violation des lois sur le secret bancaire de ces juridictions. La banque a fini par produire les documents, mais elle a été tenue de verser une amende de plus de 1 800 000 de dollars, peine confirmée par la Cour suprême des États-Unis (...).

L'article renferme plusieurs autres exemples et reprend aussi le discours du Ministre, lorsque la LMEE a été présentée à la Chambre des communes en 1984 :

[TRADUCTION] Alors que fait le projet de loi? Il présente un cadre pour que le gouvernement canadien puisse répliquer à des mesures des gouvernements étrangers ou à des décisions rendues par des tribunaux étrangers qui ont une portée extraterritoriale inacceptable. Oui, nous voulons des investissements étrangers. Oui, nous voulons de meilleures relations, et nous avons de meilleures relations avec les États-Unis d'Amérique, par exemple. Mais cela ne signifie pas que nous n'allons pas défendre nos intérêts nationaux vitaux ou notre propre souveraineté canadienne, et c'est ce que fait ce projet de loi. Ce projet de loi nous donne les moyens de le faire. Le projet de loi énonce un cadre qui nous permet de répondre aux mesures gouvernementales étrangères ou aux jugements

²⁸ Graham, p. 414.

des tribunaux étrangers lorsque nous pensons qu'ils ont une étendue extraterritoriale inacceptable²⁹.

Dispositions de la LMEE

La LMEE vise trois domaines distincts de l'extra-territorialité : la «Communication de documents à des tribunaux étrangers» (art. 3), les «Mesures émanant d'un État ou d'un tribunal étranger» (art. 5) et la «Reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers [lors d'une procédure engagée sous le régime d'une loi antitrust]» (art. 8).

Dans chacun de ces trois domaines, le procureur général du Canada peut prendre un arrêté protégeant les intérêts canadiens contre des lois extraterritoriales étrangères. Les arrêtés pris en vertu des articles 3 et 5 peuvent être sanctionnés au moyen de procédures criminelles (art. 7). Les peines maximales, en cas de non-respect de l'arrêté du procureur général, sont de 10 000 \$ ou de 5 années d'emprisonnement. Les arrêtés pris en vertu de l'article 8 sont appuyés par une responsabilité civile en faveur des Canadiens qui ont subi un préjudice du fait des aspects extraterritoriaux des jugements étrangers.

- Articles 3 et 4 - «Production de documents»

L'article 3 vise la production de documents devant les tribunaux étrangers (tribunaux judiciaires ou autres autorités). Si, de l'avis du procureur général, un tribunal étranger exerce une compétence ou des attributions qui «sont susceptibles de porter atteinte à d'importants intérêts canadiens, dans le domaine du commerce ou des échanges internationaux, touchant une activité exercée en tout ou partie au Canada ou (...) d'empiéter sur la souveraineté du Canada», le procureur général peut, par arrêté, interdire la production de documents dans cette affaire judiciaire.

L'arrêté du procureur général peut porter sur les documents «qui se trouvent soit au Canada soit en la possession ou sous la responsabilité d'un citoyen canadien ou d'une personne résidant au Canada». L'arrêté du procureur général peut aussi interdire l'accomplissement de tout acte au Canada susceptible d'entraîner la production de documents et, de plus, la fourniture par une personne qui est un citoyen canadien ou qui réside au Canada, de renseignements sur des documents, etc. à un tribunal étranger.

L'article 4 autorise la saisie des documents à la demande du procureur général.

²⁹ Graham, p. 415.

Ces dispositions visent présumément à traiter de causes comme celle de la Banque de Nouvelle-Écosse en Floride (dont il a été question ci-dessus) et le litige sur la loi antitrust dans l'affaire de l'uranium aux États-Unis, à la fin des années 1970 et au début des années 1980 :

Ainsi, dans le litige relatif à l'uranium, la Westinghouse Electric Corporation a intenté une action antitrust contre les producteurs américains et étrangers d'uranium à qui elle reprochait d'avoir comploté pour fixer les prix et l'approvisionnement mondiaux. Le «cartel» de l'uranium était également poursuivi devant d'autres tribunaux fédéraux et tribunaux d'États américains. Avant l'instruction, on a demandé la communication de documents situés en dehors des États-Unis. De l'avis des gouvernements étrangers, l'action antitrust était mal fondée, parce qu'ils avaient conclu une entente de commercialisation à la suite d'un embargo américain touchant l'importation d'uranium étranger destiné à être utilisé pour la fabrication de réacteurs nucléaires américains.

Les gouvernements de l'Australie, du Canada, du Royaume-Uni et de la France ont invoqué la législation existante ou ont adopté une nouvelle législation pour autoriser la délivrance d'ordonnances de non-communication contre des parties se trouvant en possession de documents situés dans leur territoire³⁰.

Les articles 3 et 4 de la LMEE visent à permettre au gouvernement de limiter l'incidence de ces actions étrangères qui sont contraires à l'intérêt national du Canada.

- Article 5 «Mesures émanant d'un État ou d'un tribunal étranger»

L'article 5 porte (1) sur la principale source de conflits, à savoir les objectifs de politique étrangère, surtout ceux des États-Unis et (2) sur le cas où un tribunal étranger exerce purement une compétence qui est offensive. Conformément à cet article, le procureur général peut, par arrêté, avec le consentement du ministre des Affaires étrangères, enjoindre à «toute personne se trouvant au Canada», de l'informer de toute mesure extraterritoriale particulière et de se soustraire à ces mesures.

Là encore, l'arrêté est fondé sur le fait que le procureur général est convaincu que l'État ou le tribunal étranger a pris des mesures qui «sont susceptibles de porter atteinte à d'importants intérêts canadiens, dans le domaine du commerce ou des échanges internationaux, touchant une activité exercée en tout ou partie au Canada ou (...) d'empiéter sur la souveraineté du Canada». L'expression «toute personne se trouvant au Canada» peut viser une société qui fait affaire au Canada et ses administrateurs, dirigeants et employés qui se trouvent au Canada.

³⁰ *L'extra-territorialité dans les années 1990*, p. 8. Les tribunaux canadiens ont refusé d'entériner les ordonnances des tribunaux américains au motif qu'il s'agit d'un exercice indu du pouvoir discrétionnaire, de la part des tribunaux, de ne pas tenir compte de la politique gouvernementale : *Uranium Cartel Litigation: Gulf Oil Corp c. Gulf Canada Ltd.* [1980] 2 R. C. S. 39.

Selon Graham :

[TRADUCTION] Cette partie de la loi répond à une préoccupation identique à celle des articles 31.5 et 31.6 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, aux termes desquels la Commission sur les pratiques restrictives de commerce peut interdire la mise en oeuvre au Canada d'arrêtés gouvernementaux étrangers ou de politiques ou de jugements de tribunaux étrangers de nature à nuire à la concurrence au Canada ou qui, autrement, ont une incidence sur l'efficacité du commerce ou de l'industrie au Canada ou sur notre commerce international³¹.

L'article 5, qui traite, semble-t-il, du principal domaine de conflits, est la seule disposition en vertu de laquelle un arrêté a été invoqué. En tout, seulement deux arrêtés ont été pris, et les deux concernent le même sujet³².

- Article 8 «Instances en application d'une loi antitrust»

Conformément à l'article 8, un jugement doit être rendu par un tribunal étranger dans une instance en application d'une loi antitrust. Le procureur général doit estimer que la reconnaissance ou l'exécution du jugement au Canada est susceptible «de porter atteinte à d'importants intérêts canadiens, dans le domaine du commerce et des échanges internationaux, touchant une activité exercée en tout ou partie au Canada ou (...) d'empiéter sur la souveraineté du Canada». Le procureur général peut, par arrêté, déclarer que le jugement ne sera pas reconnu ni exécuté en aucune façon au Canada ou réduire la somme allouée par le jugement³³.

L'article 9 complète l'art. 8 en permettant à un citoyen canadien ou à une personne résidant au Canada, ou à une personne morale constituée sous le régime d'une loi fédérale ou provinciale du Canada, de poursuivre pour toute somme obtenue par une personne en contravention de l'arrêté pris en vertu de l'article 8.

- Infractions à la LMEE

L'article 7 prévoit que la peine maximale pour toute personne qui contrevient à un arrêté pris en vertu des articles 3 et 5 est une amende maximale de 10 000 \$ ou une peine d'emprisonnement maximale de cinq ans, ou des deux.

³¹ Graham, p. 411.

³² Ces deux arrêtés font l'objet d'une discussion ci-après.

³³ La disposition qui permet la diminution de la somme allouée par jugement constitue une réplique à la disposition qui permet de recouvrer le triple des dommages en vertu de la loi antitrust américaine s'il y a eu des actes contraires à la libre concurrence. De façon traditionnelle, le droit civil permet à la partie lésée de récupérer seulement le montant correspondant aux dommages qu'elle a subis.

L'amende de 10 000 \$ peut sembler moins menaçante que les amendes de 1 000 000 \$ ou de 100 000 \$, prévues par la *Trading with the Enemy Act* américaine, ou que l'amende de 1 800 000 \$ imposée par le tribunal dans l'affaire de la Banque de Nouvelle-Écosse, en Floride (dont il a été question ci-dessus). Toutefois, une peine d'emprisonnement de cinq ans constitue probablement une sanction propre à faire peur.

Arrêtés pris en vertu de la LMEE - La réaction du Canada aux règlements américains sur le commerce avec Cuba

Deux arrêtés ont été pris en vertu de la LMEE, l'un en 1990 et l'autre en 1992, tous deux portant sur le commerce avec Cuba. L'arrêté de 1990 a été pris parce que l'on prévoyait que l'«amendement Mack» serait peut-être adopté. Comme il a déjà été souligné, cette loi a fait l'objet d'un veto par le président Bush, et l'arrêté de 1990 est devenu caduc. Un deuxième arrêté, pratiquement identique au premier, a été pris le 9 octobre 1992, en réponse à la *Cuban Democracy Act of 1992*. Aux termes de l'arrêté³⁴, :

(...) la procureure générale du Canada estime que cette mesure [art. 1706 de la *Cuban Democracy Act of 1992*] est susceptible de porter atteinte, dans le domaine du commerce ou des échanges entre le Canada et Cuba, à d'importants intérêts canadiens touchant une activité exercée en tout ou en partie au Canada ou, d'une façon générale, est susceptible d'empiéter sur la souveraineté du Canada (...).

L'article 3 de l'arrêté porte :

Toute personne morale et tout dirigeant d'une personne morale qui, relativement au commerce ou aux échanges entre le Canada et Cuba, reçoivent des directives, instructions, indications d'orientation ou autres communications se rapportant à la mesure extraterritoriale des États-Unis et émanant d'un tiers en situation de diriger ou d'influencer les activités au Canada de la personne morale doivent en informer le procureur général du Canada.

L'article 4 prévoit :

Toute personne morale est tenue de se soustraire à la mesure extraterritoriale des États-Unis relativement au commerce ou aux échanges entre le Canada et Cuba, ainsi qu'aux directives, instructions, indications d'orientation ou autres communications se rapportant à cette mesure et émanant d'un tiers en situation de diriger ou d'influencer les activités au Canada de cette personne morale.

³⁴ DORS 92-584.

Le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation qui est joint à l'arrêté fait valoir que :

(...) cette application extraterritoriale du droit américain [la *Cuban Democracy Act of 1992*] compromettrait les échanges commerciaux Canada-Cuba, estimés à environ 30 millions de dollars par année, et restreindrait les débouchés éventuels sur le marché cubain. Cet état de choses constitue un empiétement sur la souveraineté du Canada par la politique et le droit américains. (...)

Il est possible que l'arrêté empêche certaines compagnies de se conformer à la loi américaine. Cette contravention à la loi résultera cependant de l'application par les États-Unis d'une mesure extraterritoriale qui est susceptible d'empiéter sur la souveraineté du Canada et de porter atteinte aux principes généralement reconnus du droit international. Si des poursuites devaient être engagées aux États-Unis contre une personne morale qui n'a pas respecté la [*Cuban Democracy Act of 1992*] les tribunaux américains pourraient tenir compte du présent arrêté. C'est à ceux-ci, toutefois, qu'il appartiendra d'en déterminer les répercussions exactes.

L'arrêté risque d'attirer considérablement l'attention politique tant aux États-Unis qu'au Canada. La très grande attention donnée aux répercussions possibles ressort du consentement du secrétaire d'État aux affaires extérieures donne à l'émission de cet arrêté. Cette mesure est nécessaire quant à la sauvegarde et à la protection de la souveraineté du Canada.

Juste avant la publication de l'arrêté de 1992, un article intitulé «Ottawa preparing to fight Washington's ban on trade with Cuba [:] Canadian subsidiaries could suffer "unpleasant consequences" for complying with restrictions» a paru dans le *Globe and Mail* :

[TRADUCTION] Le gouvernement fédéral se dit prêt à se servir d'un ancien arrêté qui constituait en infraction pour les firmes canadiennes le fait de respecter une interdiction faite au commerce avec Cuba par les Américains.

L'arrêté visait particulièrement les filiales canadiennes des entreprises américaines qui semblent pouvoir faire l'objet à court terme de mesures législatives anti-Cuba, sous la pression des élections imminentes aux États-Unis.

(...) La décision américaine est considérée comme une ingérence à la souveraineté canadienne qui est «tout à fait inacceptable» sur le plan juridique et politique, a déclaré hier un porte-parole du ministère des Affaires extérieures.

«Ces mesures législatives pourraient éventuellement avoir des conséquences déplaisantes», a déclaré Denis Boulet, le porte-parole. «Nous bloquerions son application au Canada. L'arrêté de blocage a déjà été préparé».

L'arrêté canadien qui exige des entreprises qu'elles ne tiennent pas compte des interdictions étrangères dans leur commerce avec Cuba et de faire rapport de toute directive qu'elles reçoivent en ce qui concerne le droit américain, a été émis en 1991 [sic] lorsque le Congrès a menacé de prendre des mesures identiques à l'encontre de Cuba, ce qu'il était convenu d'appeler l'«amendement Connie Mack».

Cet amendement n'est jamais entré en vigueur, mais dans les derniers jours de cette séance du Congrès, certains législateurs américains ont présenté une nouvelle version plus dure qui a apparemment davantage de faveur à la Maison Blanche.

Le Canada, la Grande-Bretagne et la Communauté européenne ont tous protesté contre l'application territoriale des lois. Mais dans le feu de la campagne électorale américaine, aucun membre de la législature des États-Unis ne s'est levé pour empêcher l'adoption de cette interdiction.

Les diplomates canadiens à Washington ont déclaré que l'interdiction américaine et la publication par le Canada d'un arrêté de non-conformité pour y répondre auraient éventuellement pour effet d'exposer les cadres et les administrateurs des filiales américaines à des peines de prison au Canada s'ils cessaient de faire du commerce avec Cuba³⁵.

Conformément à l'arrêté³⁶, seules les personnes morales et leurs dirigeants sont tenus de signaler les directives et seules les personnes morales sont tenues de ne pas se conformer à des directives étrangères.

Neuf mois plus tard, un éditorial du *Globe and Mail* intitulé «World View [:] Don't let Washington call the shots» critiquait l'inaction dans l'application de la *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères* :

[TRADUCTION] Qui est-ce qui commande ici? Le Parlement canadien ou le Congrès américain?

Certaines filiales canadiennes de firmes établies aux États-Unis refusent de transiger avec Cuba, en dépit des lois canadiennes sur le libre-échange.

Les filiales suivent les ordres des sièges sociaux américains. Les gestionnaires du siège social, à leur tour, suivent les décisions de Washington et se plient à un embargo

³⁵ «Ottawa preparing to fight Washington's ban on trade with Cuba [:] Canadian subsidiaries could suffer "unpleasant consequences" for complying with restrictions», *The Globe and Mail*, 25 septembre 1992, p. A12.

³⁶ Voir discussion ci-dessus.

commercial qui date de la guerre froide, menée à l'époque contre le régime marxiste essoufflé de Fidel Castro.

(...) Dans un cas en particulier, Eli Canada Inc. a rejeté une demande en février dernier d'exportation de produits pharmaceutiques. Deux mois plus tard, H.J. Heinz Co. of Canada Ltd., la filiale canadienne du fabricant de soupe et de ketchup a rejeté la possibilité de vendre de la nourriture.

Selon des sources provenant des deux compagnies, les sièges sociaux sont ceux qui commandent. Personne ne semble avoir entendu parler de la loi canadienne qui est censée empêcher Washington d'imposer son embargo aux compagnies canadiennes.

Les Cubains déclarent avoir attiré l'attention d'Ottawa sur les affaires Lilly et Heinz, mais le gouvernement canadien, accaparé par des négociations en vue de sauver l'Accord de libre-échange entre le Canada, les États-Unis et le Mexique, semble avoir d'autres priorités.

(...) Depuis l'entrée en vigueur de l'arrêté, le ministère des Affaires extérieures a renvoyé environ 20 cas de violations alléguées de l'arrêté pris en vertu de la *Loi sur les mesures extraterritoriales étrangères* au ministère de la Justice pour enquête. Les fonctionnaires canadiens ne font pas de commentaires sur des cas particuliers, mais le fait est qu'il n'y a jamais de poursuites intentées en vertu de cette loi au Canada.

Si la ministre de la Justice, M^{me} Campbell, était sérieuse quand elle a pris l'arrêté en octobre dernier, que fera-t-elle maintenant qu'elle est Premier ministre? Les gestionnaires canadiens des filiales seront-ils fermement rappelés à l'ordre pour leur dire qu'ils sont Canadiens, qu'ils travaillent au Canada et qu'ils doivent respecter la loi canadienne³⁷.

Application de la LMEE

Un conseiller juridique principal de la Section du droit constitutionnel et international du ministère de la Justice a fait savoir que c'est la politique de son ministère d'appliquer la LMEE de façon active. Un certain nombre d'enquêtes ont été confiées à la GRC, mais aucune poursuite n'a été intentée. Le problème demeure le manque d'éléments de preuve.

Quant aux résidents canadiens, le conseiller juridique estimait qu'il serait important d'avoir des «personnes se trouvant au Canada» pour faire appliquer la loi. Les «personnes se trouvant au

³⁷ «World View [:] Don't let Washington call the shots», *The Globe & Mail*, 16 juillet 1993, p. A21.

Canada», c'est la formulation qui se trouve dans la LMEE et qui semble signifier toute personne effectivement présente au Canada.

Analyse - Conséquences pour les exigences relatives à la résidence aux termes de la LCSA

Bien que l'application extraterritoriale des lois étrangères puisse seulement dépendre de la résidence des administrateurs dans quelques rares cas, la résidence des administrateurs est un aspect pertinent, du moins en théorie, de la mise en oeuvre des lois étrangères et de la LMEE.

Dans certains cas, l'application d'une loi étrangère peut dépendre de la résidence des administrateurs (le commerce avec Cuba antérieur à 1992 et peut-être la théorie de «l'entité économique» européenne). En général, toutefois, la compétence est fondée sur la propriété et le contrôle des filiales, et non sur leur gestion. Depuis l'adoption de la *Cuban Democracy Act of 1992*, les lois américaines relatives au commerce avec Cuba, qui représentent la partie la plus difficile du contentieux extraterritorial entre le Canada et les États-Unis, n'ont à l'évidence pas été appliquées en fonction de la résidence des administrateurs. Cette loi interdit à une entreprise américaine, ou sous contrôle américain, de faire du commerce avec Cuba. Cette expression ne semble pas être définie mais vise la propriété de la société plutôt que la structure du conseil d'administration.

En conséquence, l'exigence relative à la résidence des administrateurs ne limite pas l'application extraterritoriale des lois étrangères. Toutefois, la résidence des administrateurs peut être pertinente pour l'exécution des extra-territorialités et des contre-mesures canadiennes.

L'exigence relative à la résidence des administrateurs de la LCSA peut avoir une incidence sur la mise en oeuvre de la *Cuban Democracy Act of 1992* des États-Unis, ainsi que de ses règlements connexes, et de la LMEE et de l'arrêté pris conformément à celle-ci. Les peines américaines sévères ne pourraient sans doute être exécutoires de façon réaliste qu'à l'égard des citoyens et des résidents américains : la société mère, ses dirigeants et administrateurs, et les dirigeants et administrateurs américains de la filiale canadienne.

Il semble que les règlements américains visent aussi la filiale canadienne et tous les dirigeants et administrateurs (y compris les résidents canadiens) de cette filiale. Toutefois, à moins que la personne visée ne se trouve aux États-Unis ou y ait de l'actif, les ordonnances seraient inexécutoires. L'exigence d'une majorité d'administrateurs canadiens pourrait donc limiter l'efficacité de l'exécution des lois extraterritoriales des États-Unis si les administrateurs canadiens choisissent d'ignorer les règles américaines. Apparemment, c'est ce qui s'est passé en 1974 dans l'affaire *MLW Worthington Ltd.* relatée ci-dessus.

On peut toutefois se demander si les administrateurs d'une filiale risqueraient les peines américaines sévères à l'encontre de la société mère, des dirigeants et des administrateurs de celle-

ci, ainsi que des dirigeants et administrateurs américains de la filiale. L'article intitulé «World View [:] Don't let Washington Call the shots» qui était paru dans le *Globe and Mail* précité signalait que, dans le cas d'au moins deux sociétés qui se sont vues confrontées aux règles canadiennes et américaines contradictoires en ce qui concerne le commerce avec Cuba, c'étaient les sièges sociaux qui tiraient les ficelles.

Les dispositions de la LMEE et des mesures parallèles de la *Loi sur la concurrence* sont le plus efficaces à l'encontre de résidents canadiens (c'est-à-dire des Canadiens ou des étrangers) et aussi à l'encontre de Canadiens en général qui ont un lien avec ce pays. La LMEE s'applique, de par ses dispositions, aux «personnes se trouvant au Canada». La société constituée au Canada est une «personne se trouvant au Canada», comme le sont les administrateurs résidents canadiens. Les administrateurs étrangers, à moins d'être présents au Canada, ne seraient pas visés par la LMEE.

Un dernier point concerne la structure des peines qui est différente dans les lois américaines et canadiennes. Comme les peines américaines sont plus sévères, tout arrêté pris en vertu de la LMEE est moins susceptible d'être efficace par rapport aux règles américaines.