
opération en vertu de laquelle une personne demande au ministre la permission d'acquérir plus de 10% d'une catégorie d'actions d'une grande banque ou de certaines grandes sociétés d'assurances fédérales, et dans la formulation d'une recommandation à cet égard, le BSIF examinera les objectifs en matière de politique énoncés dans les lignes directrices² établies par le ministre aux termes du paragraphe 3(4) de la *Loi sur les banques* ou de la *Loi sur les sociétés d'assurances*, selon le cas, et ce compte tenu des facteurs énoncés dans ces lignes directrices.

Renvois législatifs :

Alinéa 3(1)d) de la *Loi sur les banques*, de la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt* et de la *Loi sur les sociétés d'assurances*.

Alinéa 3(1)e) de la *Loi sur les associations coopératives de crédit*.

Définitions : Dans le présent préavis,

« dirigeant principal » désigne

- a) le premier dirigeant, le secrétaire, le trésorier ou le contrôleur d'une personne morale, ou une personne physique désignée à ce titre par règlement administratif ou résolution du conseil d'administration et qui relève directement du conseil d'administration ou du premier dirigeant;
- b) une personne physique de toute autre entité qui exécute pour cette dernière des fonctions semblables à celles dont s'acquitte une des personnes mentionnées au paragraphe (a), ou toute autre personne physique qui relève directement des gouverneurs de l'entité ou d'une personne qui exécute pour le compte de l'entité des fonctions semblables à celles du premier dirigeant d'une personne morale.

« gouverneur » désigne une personne ou un groupe de personnes qui, en vertu de la loi, d'une entente contractuelle ou autrement, est investi du pouvoir de gérer ou de surveiller la gestion de l'activité commerciale et des affaires internes d'une entité (p. ex. le conseil d'administration, le commandité, le fiduciaire et ses comités).

« participation à la propriété » désigne les actions détenues dans une personne morale ou les titres de participation, quelle qu'en soit la désignation, dans une entité non constituée en personne morale.

Interprétation : La disposition³ de chacune des lois sur les IFF qui définit le concept de contrôle de fait n'exige pas l'exercice du contrôle, mais seulement la présence d'influences directes ou indirectes qui, si elles sont exercées, se traduiraient par le contrôle de l'entité. Si la capacité d'influencer dépend d'un événement fortuit, le BSIF est d'avis que le contrôle de fait n'existe pas avant l'occurrence de cet événement.

² Lignes directrices sur le contrôle de fait (application du paragraphe 377(1) de la *Loi sur les banques* (DORS/2002-163) et Lignes directrices sur le contrôle de fait (application du paragraphe 407.2(1) de la *Loi sur les sociétés d'assurances* (DORS/2002-162)

³ Voir l'alinéa 3(1)d) de la *Loi sur les banques*, de la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt* et de la *Loi sur les sociétés d'assurances*, de même que l'alinéa 3(1)e) de la *Loi sur les associations coopératives de crédit*.

De façon générale, si une personne contrôle en droit une entité, le BSIF présume que cette personne détient également le contrôle de fait, à moins que certains indices ne le portent à croire qu'au moins une autre personne détient le contrôle de fait de l'entité.

Eu égard à la jurisprudence et aux situations antérieures qu'il a étudiées, le BSIF tient généralement compte des éléments suivants pour déterminer si une personne exerce un contrôle de fait sur une entité.

1. Les déclarations faites par la personne à d'autres intervenants (actionnaires, détenteurs de parts, clients, etc.). Par exemple, dans l'affaire *Silicon Graphics Ltd. c. Canada*⁴, la Cour d'appel fédérale s'est fondée, en partie, sur les preuves selon lesquelles la personne ne voulait pas exercer le contrôle sur l'entité désignée Alias pour conclure que la personne n'exerçait pas de contrôle de fait sur l'entité. La Cour a fait remarquer que « au surplus, la preuve indique que Silicon US ne souhaitait pas contrôler Alias parce qu'elle ne voulait pas sembler partielle à l'égard des autres clients qui étaient des concurrents d'Alias. Silicon US n'a jamais tenté de mettre en place une personne à un poste de direction ou d'administration. » [TRADUCTION]
2. Les formes d'influence qui pourraient conférer à une personne le contrôle de fait d'une entité, notamment :
 - l'influence exercée par la propriété de l'entité;
 - l'influence exercée sur les gouverneurs de l'entité;
 - l'influence exercée sur les activités de l'entité;
 - l'influence fondée sur la dépendance économique de l'entité;
 - l'influence exercée sur le cycle de vie de l'entité.
3. Le degré d'influence directe ou indirecte que la personne exerce. Considérant la subjectivité de la détermination du degré d'influence qui engendrerait un contrôle de fait d'une entité; le BSIF établirait donc ce degré au cas par cas en tenant compte des indices qui suivent pour chaque type d'influence :

Influence exercée par la propriété : Toute participation à la propriété confère à la personne qui la détient un certain degré d'influence au sein de l'entité. Ce degré d'influence varie selon le niveau et/ou la valeur de la participation à la propriété, et selon les droits, privilèges, conditions et restrictions qui s'y rattachent (p. ex. droit de vote ou non, droit de rachat, etc.). Par conséquent, le BSIF tient généralement compte des facteurs suivants pour déterminer si l'influence d'une personne exercée par sa participation à la propriété va au-delà de la protection de ses droits et intérêts au sein de l'entité.

- a) Participation à la propriété : Le niveau et/ou la valeur de la participation à la propriété de la personne en regard de celle des autres ainsi que les droits, privilèges, conditions et restrictions afférents aux actions et titres de participation dont la personne et les entités qu'elle contrôle détiennent la propriété effective. Par exemple, une personne est plus susceptible d'exercer une influence significative si elle est la seule à détenir une

⁴ [2002] A.C.F. n° 922 (C.A.), au paragraphe 68.

participation importante à la propriété de l'entité, c'est-à-dire que soit :

- le total des actions ou titres de participation d'une catégorie quelconque avec droit de vote dont elle a la propriété effective et de celles dont les entités qu'elle contrôle ont la propriété effective représente plus de 20 % des actions ou titres de participation de cette catégorie en circulation;
- le total des actions ou titres de participations d'une catégorie quelconque sans droit de vote dont elle a la propriété effective et de celles dont les entités qu'elle contrôle ont la propriété effective représente plus de 30 % des actions ou titres de participation de cette catégorie en circulation.

En outre, à défaut d'autres facteurs déterminants, un degré élevé de propriété ne constitue pas nécessairement un contrôle de fait. Par exemple, si une personne détient 49 % des actions avec droit de vote, de même que plus de 70 % du capital-actions d'une entité, elle peut ne pas exercer un contrôle de fait sur l'entité si elle ne dispose pas d'un vote majoritaire pour toute résolution et si :

- il n'y a aucun droit contractuel autorisant cette personne à se prononcer sur la composition ou les décisions du conseil d'administration de l'entité;
- il n'existe entre la personne et d'autres intervenants aucun lien spécial qui laisse entendre que les autres actionnaires se conformeraient au point de vue de la personne relativement à l'activité commerciale et aux affaires internes de l'entité, et
- aucune situation n'autorise la personne à prendre des décisions dans l'un des dossiers importants, à prendre des décisions stratégiques ou à assurer la gestion courante de l'entité.

De plus, une personne peut exercer une influence significative même si elle ne détient qu'une participation très faible (voire même inexistante) à la propriété de l'entité en question. Par exemple, dans l'affaire *Société Foncière D'Investissement Inc. c. R.*⁵, un individu qui détenait moins de 1 % des actions avec droit de vote a été réputé exercer un contrôle de fait sur une société parce que ses deux filles détenaient le solde des actions et que, par résolution des actionnaires, l'individu possédait de vastes pouvoirs de gestion, notamment au chapitre de la signature des documents, des dépenses et des emprunts.

- b) Participation des autres propriétaires : Le rôle et la participation (ou la non-participation) des autres propriétaires dans l'activité commerciale et les affaires internes de l'entité. Par exemple, une personne qui détient une participation importante à la propriété d'une entité est plus susceptible d'exercer un contrôle de fait si les autres personnes n'exercent pas les droits rattachés que leur confèrent les actions qu'elles détiennent de sorte qu'elles ne sont pas susceptibles de contester les mesures prises par la personne qui détient une participation importante.
- c) Droits/options en vue de l'augmentation de la participation : L'influence découlant du fait que la personne détient soit :
- des options ou des droits en vue de l'acquisition d'actions ou de titres de participation supplémentaires dans l'entité dont leur exercice aurait pour résultat

⁵ [1996] 3 C.T.C. 2537.

-
- d'augmenter sensiblement le niveau et/ou la valeur de la participation de cette personne à la propriété de l'entité;
- des droits de rachat ou d'annulation d'actions ou de titres de participation de l'entité dont l'exercice aurait pour résultat d'augmenter sensiblement le niveau et/ou la valeur de la participation de cette personne à la propriété de l'entité;
 - des droits visant à modifier ou à faire modifier les droits de vote rattachés aux actions ou titres de participation de l'entité dont l'exercice aurait pour résultat d'augmenter sensiblement les droits de vote de cette personne.
- d) Relations avec les autres détenteurs de participation à la propriété : Les relations (familiales, contractuelles, juridiques ou sociales) que la personne entretient avec les autres détenteurs seraient susceptibles de lui conférer une influence économique, financière ou morale importante sur eux. Par exemple, dans l'affaire *International Mercantile Factors Ltd. c. La Reine*⁶, l'existence d'une convention avec les actionnaires permettant à un actionnaire d'interdire la modification de la composition du conseil d'administration a été un facteur qui a influé sur la détermination du contrôle.

Influence exercée sur les gouverneurs : Désigne l'influence qu'une personne exerce sur les gouverneurs pour atteindre ses fins. Par exemple, dans l'affaire *Silicon Graphics*, la Cour d'appel fédérale a invoqué « le droit et la capacité manifestes de procéder à une modification importante du conseil d'administration ou des pouvoirs du conseil ou d'influencer d'une façon très directe les actionnaires qui auraient autrement la capacité de choisir le conseil d'administration. »⁷ Pour déterminer le degré de ce type d'influence, le BSIF tient généralement compte des facteurs suivants :

- a) Composition du groupe des gouverneurs : La capacité de la personne de nommer des gouverneurs, de bloquer leur nomination, de les destituer ou de les remplacer. Par exemple, si une personne détient une participation importante à la propriété d'entité et a le pouvoir de désigner un nombre important de gouverneurs, cette personne est plus susceptible d'exercer le contrôle de fait sur l'entité. En outre, si une personne est investie du pouvoir de destituer et de remplacer une majorité des gouverneurs d'une société, le BSIF juge que ce pouvoir pourrait être invoqué *in terrorem* de manière à influencer grandement leurs décisions.
- b) Comités des gouverneurs : Le rôle et la participation de la personne au sein des comités des gouverneurs sur le plan de la composition et de la structure de ces comités, de même que les dispositions de vote pour ces comités.
- c) Relations avec les gouverneurs : Les relations (familiales, contractuelles, juridiques ou sociales) que la personne entretient avec les gouverneurs qui seraient susceptibles de lui conférer une influence économique, financière ou morale importante sur eux.
- d) Droits de vote spéciaux : Les caractéristiques des actions ou titres de participation, ou

⁶ [1990] A.C.F. n° 515.

⁷ *Silicon Graphics Ltd. c. Canada* [2002] A.C.F. n° 922 (C.A.), au paragraphe 67.

des ententes entre actionnaires ou détenteurs de parts, notamment celles qui confèrent à la personne des droits spéciaux concernant la nomination des gouverneurs, l'adoption de résolutions ou de décisions des gouverneurs, ou des droits spéciaux permettant de bloquer les décisions des gouverneurs ou d'y imposer son droit de veto. Bien que dans la plupart des cas la capacité de bloquer certaines décisions ou d'exercer son droit de veto ne constitue pas en soi un contrôle de fait, il se peut que parfois le droit de veto soit si vaste qu'il influence les agissements de l'entité, et qu'il soit susceptible d'entraîner une conclusion de contrôle de fait. En outre, la possession d'un vote prépondérant (c'est-à-dire une voix supplémentaire accordée pour départager un vote égal) à l'égard des décisions prises par les gouverneurs pourrait entraîner un contrôle de fait. Par exemple, dans l'affaire *Multiview Inc. c. Canada*⁸, où deux parties disposaient d'une participation et d'une représentation égale au sein du conseil d'administration, la Cour canadienne de l'impôt a souligné l'absence d'un vote prépondérant et a statué que ni l'une ni l'autre partie n'exerçait de contrôle sur la société.

Influence exercée sur les activités : Désigne la capacité d'une personne, autre qu'un gouverneur ou un dirigeant principal, de profiler les activités de l'entité. Pour déterminer le degré de ce type d'influence, le BSIF tient généralement compte des facteurs suivants :

- a) Participation à la haute direction : La capacité de la personne de nommer les membres de la haute direction, de bloquer leur nomination, de les destituer ou de les remplacer. Lorsque la personne n'est pas un gouverneur ou un dirigeant principal, son rôle et sa participation à :
 - la prise de décisions stratégiques au sujet de l'activité commerciale et des affaires internes de l'entité, y compris les plans d'affaires, les dépenses en immobilisations importantes, les politiques touchant les dividendes ou l'émission de titres de l'entité;
 - la gestion courante des activités de l'entité;
 - la capacité de préciser ou restreindre les activités commerciales de l'entité.
- b) Relations avec les membres de la haute direction : Les relations (familiales, contractuelles, juridiques ou sociales) que la personne entretient avec les membres de la haute direction susceptibles de lui conférer une influence économique, financière ou morale importante sur eux, autre que celle lui étant conférée par ses fonctions de gouverneur. Ceci inclurait le fait qu'au moins un dirigeant principal occupe, ou a déjà occupé, des postes semblables auprès de la personne ou des entités contrôlées par cette dernière.
- c) Exercice de fonctions clés : Le niveau d'autorité et l'obligation de rendre compte qu'a la personne dans l'exercice de ses fonctions. Par exemple, à moins qu'elle a le devoir d'agir au mieux des intérêts d'une autre personne dans l'exercice de ses fonctions, une personne est plus susceptible d'exercer une influence significative si elle dispose d'une autorité discrétionnaire sur l'activité commerciale et les affaires internes de l'entité (p. ex. signer des chèques et des contrats, acheter et vendre des biens de l'entité, contracter des emprunts au nom de l'entité ou conclure des ententes de règlement de revendications à l'égard de l'entité).

⁸ [1997] A.C.I. n° 713.

-
- d) Participation d'autrui : Le rôle et la participation (ou la non-participation) d'autres personnes en position d'autorité (p. ex. d'autres dirigeants principaux, les gouverneurs) dans l'activité commerciale et les affaires internes de l'entité. Par exemple, dans l'affaire *Mimetix Pharmaceuticals Inc. c. Canada*⁹, une société américaine qui détenait 50 % des actions de Mimetix a été réputée exercer un contrôle sur Mimetix parce que les opérations courantes de cette société étaient contrôlées par le chef de la direction de la société des États-Unis, qui était également administrateur de Mimetix. De plus, les autres administrateurs de Mimetix savaient très peu de choses sur la gestion courante des activités de la société, ou ne participait que très peu à cette gestion.
- e) Activités intégrées : Les liens entre les activités de l'entité et celles de la personne. Par exemple, dans l'affaire *Transport Couture*¹⁰, même si la société de camionnage Transport Couture ne possédait aucune action des deux autres entreprises, elle a été réputée disposer du degré d'influence nécessaire pour exercer le contrôle de fait sur ces deux sociétés. Transport Couture était le seul client des deux sociétés et leur fournissait tous les services de gestion. Les deux sociétés n'avaient pas d'employés à leur compte et n'avaient pas de succursale distincte de Transport Couture. En outre, il existait un lien familial, car les actionnaires de Transport Couture étaient les fils des propriétaires des deux autres sociétés.
- f) Participation aux décisions stratégiques ou la raison d'être de l'entité : L'implication de la personne dans la constitution de l'entité, c'est-à-dire est-ce qu'elle a été l'âme dirigeante. Par exemple, une personne est plus susceptible d'exercer une influence significative si elle participe à l'élaboration de la mission, des objets, des buts et des activités de l'entité ou à l'établissement de sa structure légale ou opérationnelle afin de s'assurer qu'elle recevra la totalité ou la presque totalité des bénéfices économiques découlant des opérations de l'entité.

Influence fondée sur la dépendance économique : Désigne la capacité d'une personne de faire pression économique qui pourrait se répercuter sur la viabilité à long terme de l'entité. Pour déterminer le degré de ce type d'influence, le BSIF tient généralement compte des facteurs suivants :

- a) Soutien financier : L'ampleur et la forme du soutien financier (p. ex. titres avec droit d'achat ou rachat, prêt à demande ou à terme, titres secondaires), ses modalités et les répercussions éventuelles de son retrait. Par exemple, dans l'affaire *Mimetix*, le tribunal a fait remarquer que la société américaine, à titre de créancier de Mimetix, « était en position d'exercer le genre de pression qui lui permettrait de faire primer sa volonté en ce qui touche *Mimetix* »¹¹ [TRADUCTION]. Le tribunal a également souligné que des changements au chapitre de la situation économique (à l'intérieur ou à l'extérieur de la société) pourraient se traduire par un déplacement du contrôle de fait d'une personne à une autre.

⁹ [2001] A.C.I. n° 749 [*Mimetix*], confirmé dans [2003] A.C.F. n° 335 (C.A.).

¹⁰ [2003] A.C.I. n° 24, confirmé dans [2004] A.C.F. n° 135 (C.A.).

¹¹ *Ibid.*, au paragraphe 48.

-
- b) Liens d'affaires avec l'entité : La nature et la portée des liens d'affaires (notamment si la personne est le seul client de l'entité) et/ou des ententes commerciales (p. ex. les conventions de fourniture, de gestion, de service, de marketing, de location-bail ou de franchise) entre l'entité et la personne ou une entité contrôlée par la personne. Par exemple, dans l'affaire *Robson Leather Company Ltd. c. M.R.N.*¹², la Cour d'appel fédérale a fait remarquer que même si la société Robson ne disposait pas du contrôle des actions avec droit de vote, la situation économique difficile d'une personne et de sa société était telle que Robson qui, du point de vue pratique, pourrait être le seul acheteur possible, était en mesure d'exercer le genre de pression qui lui a permis (Robson) de faire primer sa volonté sur les affaires de l'autre personne.
- c) Expertise : L'influence peut résulter du fait qu'une personne a une expertise exclusive nécessaire pour exploitation de l'entité. Par exemple, dans l'affaire *L.D.G. 2000 Inc. c. Canada*¹³, la Cour canadienne de l'impôt a fait remarquer que « il semble également manifeste que le savoir-faire et l'influence des administrateurs de Gestion et Bermex sous-tendaient le renouveau économique de l'appelant et sa rentabilité, ce qui a fait en sorte que l'appelant a été assujéti à leur contrôle. » [TRADUCTION] La dépendance à l'égard d'un actionnaire particulier a également influé sur la décision de la Commission canadienne des transports (confirmée par la Cour d'appel fédérale) à savoir que United exerçait un contrôle de fait sur le transporteur aérien Okanagan Helicopters Inc¹⁴. Dans cette affaire, United était le plus important investisseur dans Okanagan, qui devait conclure des ententes de location-bail avec United, et Okanagan s'en remettait à l'expertise et à l'expérience de United dans le cours de ses activités.

Influence sur le cycle de vie de l'entité : Désigne la capacité d'une personne d'imposer la liquidation ou la vente de la totalité ou de la presque totalité des affaires de l'entité, ou de s'approprier les bénéfices ou les biens de l'entité. Par exemple, dans l'affaire

- *Oakfield Developments (Toronto) Ltd. c. le ministre du Revenu national*¹⁵, où le contrôle des droits de vote d'une société était partagé équitablement entre un groupe possédant les actions ordinaires et un groupe possédant les actions privilégiées, la Cour suprême a statué que malgré l'égalité du pouvoir de voter, le groupe qui possédait les actions ordinaires contrôlait la société parce qu'il détenait le pouvoir d'autoriser la remise des lettres patentes de la société et qu'il détenait les droits sur le résidu des biens à la liquidation, après le versement d'un dividende fixe aux actionnaires privilégiés;
- *La Reine c. Imperial General Properties Ltd.*¹⁶, la Cour a statué que malgré la restructuration d'une société qui s'est traduite par des pouvoirs de voter égaux et en un nombre égal d'administrateurs entre les deux parties, la partie qui a conservé la capacité d'effectuer la liquidation de l'entité a été réputée conserver le contrôle de la société;

¹² [1977] A.C.F. n° 104 (C.A.).

¹³ *L.D.G. 2000 Inc. c. Canada*, [2002] A.C.I. n° 659.

¹⁴ *Okanagen Helicopters Ltd., Wescan Resource Equipment Ltd., et The Resource Service Group Ltd. c. Commission canadienne des transports et Sealand Helicopters Ltd.* (1982) 144 D.L.R. (3d) 10 (A.C.F.).

¹⁵ [1971] R.C.S. 1032.

¹⁶ [1985] R.C.S. 288.

-
- *Luise Zinkhofer et Bernard Zinkhofer c. M.R.N.*¹⁷, la Cour canadienne de l'impôt a déclaré que « lorsqu'il existe une apparence d'égalité au chapitre du vote, il convient de tenir compte d'autres facteurs pour déterminer le contrôle, par exemple le droit de mettre un terme aux activités d'une société et de saisir le reliquat des biens » [TRADUCTION].

L'action concertée : Compte tenu du concept « d'action concertée » énoncé dans les lois sur les IFF¹⁸, pour déterminer si une personne exerce le contrôle de fait sur une IFF ou sur une entité qui contrôle une IFF, le BSIF tentera de préciser si la personne agit de concert avec au moins une autre personne. Le cas échéant, l'influence qu'exerce chacune de ses personnes sera regroupée. Lorsque leurs participations globales à la propriété dépassent 50 %, ces personnes seront réputées contrôler en droit l'IFF (c'est-à-dire qu'elles contrôleront au sens de l'alinéa 3(1)a) ou b) des lois sur les IFF). Dans tous les autres cas, le BSIF analysera le degré combiné d'influence directe et indirecte qu'exerce le groupe de personnes, y compris leur participation globale à la propriété.

* Les préavis exposent la façon dont le BSIF administre et interprète les dispositions des lois, des règlements et des lignes directrices en vigueur, ou sa position à l'égard de questions stratégiques précises. Ils ne font pas office de loi. Le lecteur se reportera aux dispositions pertinentes de la loi, du règlement ou de la ligne directrice en question, y compris aux modifications entrées en vigueur après la publication du présent préavis, pour en déterminer la pertinence.

¹⁷ (1991) 91 D.T.C. 643.

¹⁸ L'article 9 de la *Loi sur les banques*, de la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt* et de la *Loi sur les sociétés d'assurances*, et l'article 11 de la *Loi sur les associations coopératives de crédit* prévoient que lorsqu'au moins deux personnes agissent de concert, elles sont réputées être une seule personne aux fins des dispositions relatives à la propriété.