



Le 12 mai 2023

[TRADUCTION]

Par courrier électronique: aeфа@sen.parl.gc.ca

Peter M. Boehm, sénateur
Président, Comité sénatorial permanent des affaires étrangères et du commerce international
Le Sénat du Canada
Ottawa (Ontario), K1A 0A4

Objet : Sanctions économiques, section 10 de la partie 4 de la Loi n° 1 d'exécution du budget de 2023

Monsieur le Sénateur,

Je vous écris au nom de la Section du droit international de l'Association du Barreau canadien (section de l'ABC) pour exprimer nos préoccupations quant aux modifications proposées à la *Loi sur les mesures économiques spéciales* (LMÉS) et à la *Loi sur la justice pour les victimes de dirigeants étrangers corrompus (loi de Sergueï Magnitski) (loi Magnitski)* dans le projet de loi C-47, *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2023* (projet de loi C-47).

L'Association du Barreau canadien est une association nationale qui représente plus de 37 000 juristes, y compris des avocats et avocates, des notaires, des professeurs et professeures de droit et des étudiants et étudiantes en droit dans tout le Canada. Nous faisons la promotion de la primauté du droit, de l'accès à la justice, d'une réforme efficace du droit et nous fournissons une expertise sur la façon dont le droit touche la vie quotidienne des Canadiens et Canadiennes. La section de l'ABC est composée de juristes expérimentés en commerce international qui conseillent régulièrement leurs clients sur le droit des sanctions économiques partout au pays et qui ont une connaissance approfondie du régime des sanctions économiques du Canada, de son histoire et des exigences de conformité que les sanctions imposent aux Canadiens et Canadiennes et aux entreprises.

Nous reconnaissons l'importance des sanctions économiques du Canada en tant qu'outil de politique étrangère pour répondre aux crises internationales, aux violations des droits de la personne et aux menaces à la paix et à la sécurité internationales. Nous reconnaissons également le travail du gouvernement pour affiner le régime canadien des sanctions. Nos commentaires visent à aider le gouvernement à atteindre ses objectifs politiques, à accroître la prévisibilité et la certitude

du régime canadien de sanctions, à aider les entreprises canadiennes dans leurs efforts de conformité et à minimiser les difficultés d'application.

Importance de la clarté

Étant donné que le régime de sanctions du Canada s'applique sur la base du droit pénal, la clarté est essentielle pour s'assurer que les individus sont conscients de leurs obligations et que toute violation des sanctions peut faire l'objet de poursuites, car toute ambiguïté sera interprétée en faveur de l'accusé.

Notre principale préoccupation est que les modifications à la LMÉS et à la *loi Magnitski* n'augmentent pas la prévisibilité et la certitude du régime de sanctions du Canada, mais qu'elles sèment la confusion et posent des problèmes de conformité. En outre, certaines parties des modifications ne sont pas alignées sur les lois sur les sanctions des pays alliés comme les États-Unis, le Royaume-Uni et l'Union européenne, et mettent les entreprises canadiennes dans une situation désavantageuse sur le plan de la concurrence.

Nous exhortons le Parlement à reconsidérer ces modifications, à examiner nos recommandations ci-dessous et à consulter les parties prenantes.

Le projet de loi C-47 propose d'ajouter ce qui suit après l'article 2 de la LMÉS : ¹

Biens réputés appartenir à une personne

2.1 (1) Si une personne contrôle une entité autre qu'un État étranger, les biens appartenant à cette entité ou détenus ou contrôlés, même indirectement, par elle sont réputés appartenir à la personne.

Critères

(2) Pour l'application du paragraphe (1), la personne contrôle, même indirectement, l'entité dans le cas où l'un des critères suivants est rempli :

- a) la personne détient, même indirectement, au moins cinquante pour cent des actions ou des titres de participation de l'entité, ou des droits de vote de celle-ci;
- b) la personne peut, même indirectement, modifier la composition ou les pouvoirs du conseil d'administration de l'entité;
- c) il est raisonnable, compte tenu des circonstances, de conclure que la personne peut, même indirectement et par tout moyen, diriger les activités de l'entité.

La règle de « biens réputés appartenir à une personne » proposée comprend un « test de contrôle » qui sera ajouté à l'article 2.1 de la LMÉS. Cette modification vise à clarifier le concept de propriété. Toutefois, son application pose d'importants problèmes pratiques.

La règle ne crée pas de présomption réfutable de contrôle, mais considère qu'il y a contrôle lorsqu'un seul des trois critères est rempli (c'est-à-dire qu'une personne est réputée avoir le contrôle d'une entité si l'un des critères des alinéas 2.1(2) a), ou b) ou c) est rempli).

¹ Le projet de loi C-47 propose un ajout similaire à la *loi Magnitski*. Nos commentaires dans cette lettre portant sur les « biens réputés appartenir à un étranger » dans la LMÉS s'appliquent également aux modifications proposées sur les « biens réputés appartenir à un étranger » dans la *loi Magnitski*.

Supprimer l'alinéa 2.1(2)b)

Le libellé du critère 2.1(2)b) est large et vague, et susceptible d'englober des situations où une personne tient un rôle mineur ou nominal dans la gouvernance d'une entité (par exemple, en votant sur la composition du conseil d'administration, en nommant un membre du conseil d'administration en tant qu'actionnaire minoritaire, ou en ayant des droits contractuels de nomination ou de révocation d'administrateurs). Par exemple, si une personne désignée a la capacité, directement ou indirectement, de nommer un des six ou des douze sièges du conseil d'administration, une entreprise entière (et toutes ses filiales) serait probablement considérée comme une entité sanctionnée.

Compte tenu de la formulation actuelle du critère proposé b), on ne sait pas comment ce critère sera interprété et appliqué dans la pratique, ni s'il tiendra compte de l'influence réelle ou potentielle de la personne sur les activités de l'entité. En outre, dans de nombreux cas, les informations relatives à la composition du conseil d'administration et aux modifications qui y sont apportées ne sont pas publiques et même les outils de filtrage les plus sophistiqués ne permettent pas de les déceler. Il peut en résulter que des mesures de sanction s'appliquent à des entités qui ne sont pas effectivement contrôlées par des personnes désignées.

Ainsi, l'alinéa 2.1(2)b) proposé ajouterait plus d'incertitude à l'application des dispositions relatives aux sanctions et pénaliserait les entités canadiennes cherchant à se conformer, sans effet salutaire. Il devrait être entièrement supprimé.

Sinon, à l'alinéa 2.1(2)b), ajouté le terme « majorité » aux critères de composition du conseil d'administration

Par ailleurs, si l'alinéa 2.1(2)b) est jugé nécessaire, le mot « majoritaire » devrait être ajouté à la suite du mot « composition », de sorte que l'alinéa se lirait comme suit :

- b) la personne peut, même indirectement, modifier la composition majoritaire ou les pouvoirs du conseil d'administration de l'entité;

L'ajout du terme « majoritaire » serait cohérent avec l'approche adoptée par le Royaume-Uni et refléterait mieux la capacité à exercer un contrôle sur l'entité.

Supprimer l'alinéa 2.1(2)c)

Le critère 2,1(2)c) paraît être l'alinéa « omnibus » ou la clause résiduelle. Ce test est très subjectif et pourrait conduire à des résultats incohérents. En outre, cela signifie que des situations impliquant un actionnariat minoritaire peuvent être qualifiées de « contrôle » même lorsque les critères a) et b) ne sont pas remplis.

Compte tenu de l'incertitude entourant le concept du « contrôle » dans la modification proposée, nous sommes de l'avis que cet alinéa doit être supprimé complètement.

Sinon, l'alinéa 2.1(2)c) doit être accompagné par des lignes directrices

Par ailleurs, compte tenu de la nature subjective de l'application du test de contrôle qui pourrait conduire à des résultats incohérents, le critère c) proposé doit être appliqué strictement dans le cas où des lignes directrices et des notes d'interprétation officielles sur la LMÉS et la *loi Magnitski* sont fournies avec la modification.

Affaires mondiales Canada n'a toujours pas fourni de lignes directrices malgré les demandes répétées de la section de l'ABC, des juristes spécialistes du commerce et de la communauté des affaires, qui datent depuis plus d'une décennie.

Nous sommes conscients que la Direction de la coordination politique et des opérations des sanctions (PER) d'Affaires mondiales Canada est débordée par le grand nombre de demandes de sanctions et de demandes de radiation qu'elle reçoit et par la rédaction des lignes directrices et des notes d'interprétations. Cependant, l'application de l'alinéa 2.1(2)c sans notes d'interprétation officielles suscitera davantage de questions des parties prenantes et aggravera la situation.

Modifier l'alinéa 2.1(2)a pour y inclure une règle « comportant plus de cinquante pour cent »

L'alinéa 2.1(2)a proposé doit être modifié pour inclure une règle « comportant plus de cinquante pour cent » au lieu d'une règle simple « comportant cinquante pour cent ».

Cette pratique est conforme à celle de plusieurs administrations alliées, dont le Royaume-Uni et l'Union européenne. Elle est également conforme à d'autres lois canadiennes pertinentes. Par exemple, l'article 2(4)a) de la *Loi sur la concurrence* comprend la disposition suivante relative au contrôle :

Pour l'application de la présente loi :

a) Une personne morale est contrôlée par une entité ou par une personne physique autre que Sa Majesté si :

(i) des valeurs mobilières de cette personne morale comportant plus de cinquante pour cent des votes qui peuvent être exercés lors de l'élection des administrateurs de la personne morale en question sont détenues, directement ou indirectement, notamment par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs filiales, autrement qu'à titre de garantie uniquement, par cette entité ou cette personne physique ou pour son bénéficiaire.

[...]

De même, l'alinéa 112(6)b) de la *Loi relative à l'impôt sur le revenu* contient la définition suivante du contrôle :

b) une société est contrôlée par une autre société si plus de 50 % des actions émises de son capital-actions (comportant plein droit de vote en toutes circonstances) appartiennent à l'autre société, à des personnes avec lesquelles l'autre société a un lien de dépendance, ou à la fois à l'autre société et à des personnes avec lesquelles l'autre société a un lien de dépendance.

La cohérence avec les alliés du Canada favorise la continuité des activités et la compétitivité canadienne. En outre, l'alignement du test de contrôle sur les lois canadiennes existantes permet aux particuliers et aux entreprises de s'inspirer des normes de conformité existantes et donne plus de certitude quant à l'interprétation de ces lois.

Commentaires supplémentaires sur la modification proposée de la notion de « biens réputés appartenir à une personne » qui devraient être clarifiés dans la loi ou les lignes directrices

La « test de contrôle » ne fait pas de l'entité en tant que telle une personne désignée, mais considère seulement que ses biens appartiennent à la personne désignée qui les contrôle. Ceci pourrait créer un état de confusion et d'ambiguïté sur la question de savoir si les interdictions de sanctions

s'appliquent à d'autres affaires avec l'entité, telles que la prestation de services financiers ou de services connexes, ou la mise à disposition de biens, qui ne sont interdites que lorsqu'elles sont effectuées au profit d'une personne désignée, conformément à d'autres sections et alinéas de la LMÉS.

Le projet de loi C-47 n'aborde pas les scénarios pratiques dans lesquels (i) plusieurs personnes désignées détiennent, collectivement, cinquante pour cent ou plus d'une entité ou contrôle une entité, mais ne le ferait pas individuellement; ou (ii) une entité non sanctionnée est réputée posséder des biens d'une personne désignée mais n'est pas elle-même une personne désignée.

Si les modifications proposées sont promulguées, les règlements particuliers qui s'appliquent à chaque pays visé et qui existent en vertu de la LMÉS et la *loi Magnitski* devront être révisés afin de refléter les nouvelles règles et d'assurer la cohérence du régime de sanctions. Par exemple, plusieurs exemptions aux interdictions de sanctions dans les règlements spécifiques à chaque pays visé s'appliquent aux personnes désignées plutôt qu'aux biens appartenant aux personnes désignées (par exemple, les paiements à effectuer aux Canadiens par des personnes désignées en vertu des contrats conclus avant qu'elles ne soient désignées). Il sera donc nécessaire de modifier les règlements relatifs aux sanctions pour assurer l'application continue des exemptions.

Conclusion

Les modifications proposées par le projet de loi C-47 auront de graves conséquences sur les entreprises canadiennes, notamment celles qui effectuent des transactions ou des opérations transfrontalières impliquant des entités. Les modifications proposées à la LMÉS et à la *loi Magnitski* exposent les entreprises canadiennes à des risques, des responsabilités et des coûts accrus en matière de sanctions et les placent dans une situation désavantageuse par rapport à leurs homologues américains et européens.

Plus important encore, les alinéas 2.1(2)b) et c) rendront la gestion et l'application du régime par le gouvernement extrêmement difficile et chronophages. Il sera difficile d'obtenir les informations et les preuves nécessaires pour évaluer et prouver la capacité à influencer la composition et les pouvoirs du conseil d'administration et la capacité générale à diriger les activités des entités étrangères qui ne sont pas clairement contrôlées par la détention d'actions avec droit de vote.

Nous exhortons le Parlement à examiner attentivement les modifications proposées et leurs impacts potentiels sur l'environnement juridique et commercial canadien.

La section de l'ABC recommande également au Comité de demander à Affaires mondiales Canada de fournir des conseils clairs et complets sur l'interprétation et l'application des modifications proposées et de modifier les règlements spécifiques à chaque pays visé en vertu de la LMÉS et de la *loi Magnitski*.

Nous vous remercions de nous avoir donné l'occasion de partager nos points de vue et nos préoccupations. Nous serions heureux d'offrir une assistance supplémentaire, y compris en comparaisant devant votre Comité sénatorial.

Je vous prie d'agréer, monsieur le Sénateur, l'expression de mes sentiments distingués.

(Lettre originale signée par Marc-André O'Rourke au nom Ewa Katarzyna Gosal)

Ewa Katarzyna Gosal
Présidente, Section du droit international de l'ABC