



Décision ayant valeur de précédent

Catégorie : Placements AVIS*

Objet : Contrôle de fait - Fiduciaire ou gestionnaire

N° : 2007 – 02

Question : La question consistait à déterminer si le fiduciaire ou le gestionnaire d'un fonds de placement disposait d'une influence directe ou indirecte telle que son exercice se traduirait par le contrôle de fait du fonds.

Contexte : Une banque étrangère possède un groupe de services bancaires d'investissement qui établit et gère des fonds de placement pour des investisseurs expérimentés. Chaque fonds est établi sous forme de fiducie en vertu des lois étrangères. Les fonds investissent dans de vastes projets d'infrastructure partout dans le monde. Certains fonds élaborent, possèdent et exécutent des projets d'infrastructure au Canada. La banque étrangère a demandé une décision ayant valeur de précédent à savoir si les fonds de placement étaient des « entités liées à une banque étrangère ».

Puisque la banque étrangère compte un établissement financier au Canada, si les fonds de placement sont des entités liées à une banque étrangère, ils ne peuvent pas acquérir ou détenir le contrôle ou un intérêt de groupe financier dans une entité canadienne, sauf selon les règles régissant les placements effectués au Canada par des banques étrangères comptant des établissements financiers au Canada, comme le précisent les sections 4 et 5 de la partie XII de la *Loi sur les banques* (LB) (p. ex. à titre d'entité à activités commerciales restreintes, un placement temporaire ou une entité s'occupant de financement spécial).

En outre, si les fonds de placement sont des entités liées à la banque étrangère, cette dernière doit obtenir un agrément en vertu de la partie XII de la LB avant que le fonds effectue ces investissements. Compte tenu de la nature des projets d'infrastructure des fonds, les règles et limites liées aux placements temporaires et aux entités s'occupant de financement spécial n'étaient pas pratiques. Les règles qui régissent les entités à activités commerciales restreintes exigeraient que la banque étrangère obtienne l'agrément préalable du Ministre toutes les fois où un fonds investit dans un projet d'infrastructure au Canada, et il pourrait ne pas être accessible dans tous les cas¹.

¹ L'agrément ne peut être demandé que lorsque l'entité canadienne n'exerce aucune activité de crédit-bail et exécute la même activité ou une activité semblable, connexe ou accessoire à celle que mène à l'étranger la banque étrangère ou une entité qui lui est liée.



Les fonds de placement sont gérés par des filiales en propriété exclusive de la banque étrangère, qui sont constituées sous le régime de lois étrangères et sont des « entités responsables » qui se chargent des fonds. Les entités responsables découlent des dispositions de lois étrangères et des modalités des accords qui ont permis la constitution des fonds. En principe, ces entités sont responsables de gérer et diriger toutes les activités du fonds. Plus particulièrement, les lois étrangères prévoient que le détenteur des parts d'un fonds peut destituer et remplacer une entité responsable. La banque étrangère et l'entité responsable n'ont qu'une faible participation économique dans l'avoir d'un fonds.

Considérations : Les fonds de placement ne seraient des « entités liées à une banque étrangère » que s'ils sont contrôlés par la banque étrangère ou l'entité responsable. Aux fins de la LB, le « contrôle » comprend le contrôle *de jure* et le contrôle *de facto*. Puisque ni la banque étrangère ni l'entité responsable ne possèdent effectivement plus de 50 % de l'avoir d'un fond et que ce dernier n'est pas constitué en société en commandite à l'égard de laquelle l'entité responsable pourrait agir à titre de commandité, ni la banque étrangère ni l'entité responsable ne détiennent le contrôle *de jure* sur les fonds. En conséquence, la seule question à préciser pour déterminer si les fonds de placement sont des « entités liées à la banque étrangère » consiste à savoir si l'entité responsable exerce un contrôle de fait sur les fonds.

D'après les déclarations de la banque étrangère et l'examen des lois étrangères sous le régime desquelles l'entité responsable est constituée, le BSIF a statué que :

- a) la participation économique de l'entité responsable ne lui permet pas d'influencer les décisions du fonds de placement puisque cette participation est faible;
- b) bien que l'entité responsable a été désignée pour gérer contre rémunération les activités du fonds de placement, et qu'aux termes de cette désignation l'entité responsable dispose de la capacité d'influencer les décisions qui touchent les activités du fonds :
 - (i) les détenteurs de parts du fonds de placement ont le pouvoir de destituer et remplacer l'entité responsable;
 - (ii) l'entité responsable exerce des fonctions fiduciaires précises auprès des détenteurs de parts du fonds de placement aux termes des lois étrangères et de l'acte constitutif du fonds, de sorte que l'entité responsable doit agir avec intégrité et de bonne foi, au mieux des intérêts du fonds, et elle doit traiter les détenteurs de parts de façon égale;
 - (iii) l'entité responsable n'a pas le pouvoir de modifier l'acte constitutif du fonds de placement, sauf si elle estime que le changement n'influera pas sur les droits des détenteurs de parts et qu'il servira les intérêts des détenteurs;
- c) l'entité responsable ne détient aucun droit quant à la distribution des biens du fonds de placement à la liquidation de ce dernier;

- d) l'entité responsable n'est pas autorisée à mettre fin au fonds de placement sauf, comme il est clairement indiqué dans les modalités des ententes constituant le fonds, si elle conclut à la suite d'une modification législative qu'il serait avantageux pour les détenteurs de parts d'abolir le fonds, ou si elle doit payer de l'impôt sur le revenu ou verser des gains en capital découlant des sommes qu'elle distribue aux détenteurs de parts du fonds.

Conclusion(s) : Compte tenu des facteurs susmentionnés, le BSIF a conclu que l'entité responsable n'exerçait pas un contrôle de fait sur les fonds de placement. En conséquence, le BSIF a statué que les fonds n'étaient pas des « entités liées à une banque étrangère ».

Renvois législatifs : Les alinéas 3(1)b), c) et d) de la *Loi sur les banques* prévoient respectivement qu'une personne a le contrôle d'une société non constituée en personne morale si elle est propriétaire de titres lui conférant plus de 50 % des droits de vote de l'entité et si cette personne a la capacité de diriger l'activité commerciale et les affaires internes de l'entité, si elle est le commandité d'une société en commandite qui en assure le contrôle, ou si l'influence directe ou indirecte de la personne auprès de l'entité est telle que son exercice aurait pour résultat d'assurer le contrôle de fait de celle-ci.

Le paragraphe 507(2) de la *Loi sur les banques* prévoit qu'une entité est liée à une banque étrangère si elle contrôle la banque étrangère, est contrôlée par elle, ou est contrôlée par une personne qui contrôle la banque étrangère.

L'alinéa 522.22(1)g) de la *Loi sur les banques* prévoit qu'une banque étrangère ou une entité liée à une banque étrangère ne peut, sans avoir obtenu au préalable l'agrément écrit du Ministre donné par arrêté, acquérir ou détenir le contrôle d'une « entité à activités commerciales restreintes », ou un intérêt de groupe financier dans celle-ci (c'est-à-dire une entité canadienne qu'une banque étrangère ou une entité liée à une banque étrangère peut contrôler conformément aux dispositions de l'article 522.09 de la *Loi sur les banques*).

Tableau de concordance :

| Description de la disposition | LBA | LSFP | LSA | LACC |
|-------------------------------|---------|---------|---------|---------|
| Contrôle de fait | 3(1)(d) | 3(1)(d) | 3(1)(d) | 3(1)(e) |

Le tableau de concordance renvoie à d'autres dispositions similaires des lois régissant les institutions financières fédérales susceptibles d'être pertinentes pour le lecteur.

* Les décisions ayant valeur de précédent exposent la façon dont le BSIF a, dans des circonstances précises, appliqué et interprété les dispositions des lois, règlements et lignes directrices qui régissent les institutions financières fédérales. Elles ne remplacent aucunement l'obligation de faire approuver une opération assujettie à la législation fédérale applicable. Ces décisions n'ont pas nécessairement un effet exécutoire sur le BSIF dans le cadre d'opérations ultérieures puisqu'une affaire subséquente peut soulever un point nouveau ou des considérations différentes. Les renvois législatifs intégrés à une décision n'ont pas pour objet de remplacer les dispositions de la loi; le lecteur doit se reporter aux dispositions pertinentes de la loi, du règlement ou de la ligne directrice applicable, ainsi qu'aux modifications qui sont entrées en vigueur après la publication de la décision.