Préavis réglementaire et législatif

Titre	Contrôle de fait
Catégorie	Réglementaire et législatif
Date	31 janvier 2020
Secteur	Loi sur les banques Loi sur les sociétés d'assurances Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt
No	2020 – 03

Table des matières

Introduction :

Définitions :

Renvoi législatif :

Interprétation :

- Influence exercée par la propriété
- Influence exercée sur les gouverneurs :
- Influence exercée sur les activités :
- Influence fondée sur la dépendance économique :
- Influence sur le cycle de vie de l'entité :

Note :

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.

Introduction :

Dans divers contextes dans les lois régissant les institutions financières fédéralesLes lois régissant les institutions financières fédérales sont la *Loi sur les banques*, la *Loi sur les sociétés d'assurances* et la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt.* (IFF), par exemple, dans les dispositions relatives à la propriété d'une IFF, le régime de placement et la définition d'un apparenté aux fins des dispositions touchant les opérations avec apparentés, il est utile de savoir si une personne exerce le contrôle sur une entité. La définition de « contrôle » dans les lois sur les IFF comprend les concepts de « contrôle en droit » (également connu comme le contrôle *de jure* ou contrôle légal) et de « contrôle de fait » (également désigné contrôle *de facto*).

Le paragraphe 3(1) de chacune des lois régissant les IFF précise qu'une personne a le contrôle en droit d'une entité :

a. dans le cas d'une personne morale, lorsqu'elle a la propriété effective des titres de celle-ci lui conférant plus de 50 *pour cent* des droits de vote dont l'exercice lui permet d'élire la majorité des administrateurs de la personne morale;
b. dans le cas d'une entité non constituée en personne morale, à l'exception d'une société en commandite, lorsqu'elle détient, à titre de véritable propriétaire, plus de 50 *pour cent* des titres de participation – quelle qu'en soit la désignation – et a la capacité d'en diriger tant l'activité commerciale que les affaires internes;
c. dans le cas d'une société en commandite, lorsqu'elle est le commandité.

De plus, l'alinéa 3(1)(*d*) définit le concept de contrôle de fait comme celui qui découle du fait qu'une personne a une influence directe ou indirecte auprès de l'entité, que si exercée, aurait pour résultat le contrôle de fait de celle-ci. Le présent préavis renferme des consignes sur la façon dont le BSIF déterminera s'il y a contrôle de fait dans une situation particulière. Les consignes énumérées ne sont pas exhaustives, et aucune des consignes ne fait autorité lors d'une analyse.

Dans le cours de son évaluation d'une opération en vertu de laquelle une personne demande au ministre la permission d'acquérir plus de 10 *pour cent* d'une catégorie d'actions d'une grande banque, d'une coopérative de crédit fédérale 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 directrices sur le contrôle de fait*Lignes directrices sur le contrôle de fait (application du paragraphe 377(1) de la Loi sur les banques* (DORS/2002-163), *Lignes directrices sur le contrôle de fait (application de l'article 377.2 de la Loi sur les banques)* (DORS/2012-278) 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). , compte tenu des facteurs énoncés dans celles-ci.

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 comme dirigeant par les administrateurs de la personne morale 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, ou, dans le cas d'une coopérative de crédit fédérale, les droits de vote qu'une personne ou l'ensemble des entités contrôlées par celle-ci peut exercer à l'occasion d'une assemblée annuelle ou pour élire des administrateurs.

Renvoi législatif :

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*.

Interprétation :

La disposition de chacune des lois sur les IFFVoir 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*. qui définit le concept de contrôle de fait n'exige pas l'exercice du contrôle, mais seulement la possibilité que la personne puisse exercer assez d'influence pour contrôler l'entité. Lorsque des contraintes législatives ou contractuelles limitent l'influence, le BSIF peut être d'avis que la personne n'a pas cette influence. En outre, lorsque l'influence d'une personne dépend de la survenance d'un événement qui échappe à son contrôle, le BSIF est généralement d'avis que l'influence de la personne ne se matérialise qu'à la survenance de l'événement.

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

Le BSIF tient généralement compte des types et degrés d'influence qui suivent pour déterminer si une personne contrôle de fait une entité au sens des lois régissant les IFF :

1. Les types d'influence qui pourraient conférer à une personne le contrôle de fait d'une entité, notamment l'influence :
    a. exercée par la propriété de l'entité;
    b. exercée sur les gouverneurs de l'entité;
    c. exercée sur les activités de l'entité;
    d. fondée sur la dépendance économique de l'entité;
    e. exercée sur le cycle de vie de l'entité.

Le degré d'influence directe ou indirecte que la personne exerce. Vu que la détermination du degré d'influence qui engendrerait le contrôle de fait d'une entité est d'ordre factuel, le BSIF évaluerait ce degré au cas par cas en tenant compte des indices suivants :

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. Pour déterminer le degré de ce type d'influence, le BSIF tient généralement compte des facteurs suivants :

a. **Participation à la propriété** : Le niveau et/ou la valeur de la participation à la propriété de la personne ainsi que les droits, privilèges, conditions et restrictions (droit de vote ou non, droit de rachat, etc.) afférents aux actions ou à d'autres titres de participation dont la personne et les entités qu'elle contrôle détiennent la propriété effective. À cet égard, le BSIF est généralement d'avis que la capacité d'exercer les droits de vote rattachés à 25 *pour cent* ou moins des capitaux propres d'une entité n'entraîne pas, en soi, le contrôle de fait de l'entité. En revanche, le BSIF est généralement d'avis qu'une personne contrôle de fait une entité lorsqu'elle a la capacité d'exercer les droits de vote rattachés à 35 *pour cent* ou plus des capitaux propres de l'entité et que la capacité de toute autre personne d'exercer des droits de vote liés à ces capitaux est négligeable.

   Toutefois, 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, on pourrait juger qu'un individu qui détient moins de 1 *pour cent* des actions avec droit de vote d'une entité exerce un contrôle de fait sur celle-ci si des membres de sa famille détiennent le solde des actions et que, par résolution des actionnaires, l'individu possède de vastes pouvoirs de gestion, notamment au chapitre de la signature des documents, des dépenses et des emprunts.

b. **Participation d'autres personnes à la propriété** : Le niveau et/ou la valeur de la participation d'autres personnes à la propriété ainsi que les droits, privilèges, conditions et restrictions rattachés à la participation de ces personnes ou des entités qu'elles détiennent, y compris :

   i. le nombre d'autres personnes participant à la propriété de l'entité;

ii. les relations (p. ex., familiales, contractuelles ou juridiques) que ces autres personnes pourraient entretenir entre elles.

c. **Droits/options en vue de l'augmentation de la participation** : L'influence découlant du fait que la personne détient soit :

i. 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 d'augmenter de façon importante le niveau et/ou la valeur de la participation de cette personne à la propriété de l'entité;

ii. 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;

iii. 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 de façon importante les droits de vote de cette personne.

d. **Relations avec les autres propriétaires** : Les relations (p. ex., familiales, contractuelles ou juridiques) que la personne entretient avec les autres propriétaires qui seraient susceptibles de lui conférer une influence économique, financière ou morale importante sur eux.

e. **Action concertée** : 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 ces personnes sera regroupée. Lorsque leurs participations à la propriété globales dépassent 50 *pour cent*, ces personnes seront réputées exercer un contrôle de droit sur l'IFFL'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 prévoit que lorsqu'au moins deux personnes agissent de concert, elles sont réputées être une seule personne aux fins des dispositions relatives à la propriété. Toutefois, le simple fait qu'une entente existe entre deux personnes ne signifie pas nécessairement qu'elles agissent de concert – voyez Décision ayant valeur de précédent 2017-01 – Agir ensemble ou de concert, où le BSIF a

tranché cette question dans le cas de deux actionnaires. . Dans tous les autres cas, le BSIF analysera le degré combiné d'influence directe et indirecte qu'exerce le groupe de personnes, y compris leurs participations à la propriété globales.

Influence exercée sur les gouverneurs :

Désigne l'influence qu'une personne exerce sur les gouverneurs pour atteindre ses fins (p. ex., si la personne est en mesure d'apporter un changement important au conseil d'administration ou aux pouvoirs de celui-ci). Pour déterminer le degré de ce type d'influence, le BSIF tient généralement compte des facteurs suivants :

a. **Sélection 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'une 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 de manière à influer grandement sur 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 (p. ex., familiales, contractuelles ou juridiques) 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 des ententes entre personnes qui participent à la propriété, 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.-à-d., une voix supplémentaire accordée pour départager un vote égal) à l'égard des décisions prises par les gouverneurs pourrait entraîner un contrôle de fait.

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, ainsi que 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 (p. ex., familiales, contractuelles ou juridiques) que la personne entretient avec les membres de la haute direction susceptibles de lui conférer une influence économique, financière ou morale importante sur eux. 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. **Participation d'autrui** : Le rôle et la participation (ou la non-participation) d'autres personnes en position d'autorité (p. ex., les dirigeants principaux, les gouverneurs) dans l'activité commerciale et les affaires internes de l'entité. Par exemple, lorsque deux parties détiennent chacune une participation de 50 *pour cent* dans une entité et qu'elles sont représentées à parts égales au conseil d'administration de cette entité, la partie qui participe activement aux activités de celle-ci pourrait être réputée exercer un contrôle de fait sur l'entité si l'autre partie connaît peu les activités de l'entité ou y participe peu.

d. **Activités intégrées** : Les liens entre les activités de l'entité et celles de la personne. Par exemple, la personne qui est fournisseur important de services relativement aux aspects fondamentaux des activités de l'entité pourrait être considérée comme ayant le degré d'influence nécessaire pour exercer un contrôle de fait sur cette entité.

e. **Participation aux décisions stratégiques ou la raison d'être de l'entité** : L'implication de la personne dans la constitution de l'entité (c.-à-d., à savoir si la personne est 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 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, un créancier majeur d'une entité pourrait exercer une influence telle sur la gestion et les activités de l'entité qu'il exerce un contrôle de fait sur l'entité, plus particulièrement si l'entité a de la difficulté à trouver d'autres sources de financement.

b. **Liens d'affaires avec l'entité** : La nature et la portée des liens d'affaires 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, la personne qui est le seul client de l'entité ou qui fournit des services essentiels à l'entité pourrait être en mesure d'exercer une pression suffisante pour arriver à ses fins.

c. **Expertise** : L'influence peut résulter du fait qu'une personne a une expertise exclusive nécessaire pour exploitation de l'entité.

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 (c.-à-d., mettre fin aux activités de l'entité), ou de s'approprier les bénéfices ou les biens de l'entité.

Pour voir comment le BSIF a appliqué les facteurs d'influence susmentionnés à des circonstances particulières, consultez :

a. Décision ayant valeur de précédent 2008-03 – Contrôle de fait – Actionnaire important et fournisseur de services, où le BSIF a conclu qu'une personne qui avait la propriété effective de 40 *pour cent* des actions ordinaires d'une entité et avait rendu des services importants à l'entité n'exerçait pas un contrôle de fait sur cette entité;
b. Décision ayant valeur de précédent 2007-02 – Contrôle de fait – Fiduciaire ou gestionnaire, où le BSIF a conclu que le fiduciaire d'un fonds d'investissement n'exerçait pas de contrôle de fait sur le fonds.