

Se conformer à la *Loi sur les mesures de transparence dans le secteur extractif*

Par Michael Dixon et Mark Morrison

La *Loi sur les mesures de transparence dans le secteur extractif* (la « Loi ») est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2015. Il s'agit du plus récent volet de l'engagement pris par le Canada pour enrayer la corruption à l'échelle mondiale. La Loi cadre avec d'autres initiatives analogues instaurées aux États-Unis, au Royaume-Uni et dans d'autres pays de l'Union européenne. Elle vise à compléter le régime canadien existant de lutte contre la corruption établi par la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers* (la « LCAPE ») en favorisant une plus grande transparence à l'égard des paiements versés à un gouvernement par des entités œuvrant dans le secteur extractif, c'est-à-dire les mines, le pétrole et le gaz.

Vu les lourdes amendes prévues, la responsabilité personnelle potentielle des administrateurs ou des dirigeants, de même que l'importance de pouvoir démontrer une diligence raisonnable, les entreprises du secteur extractif devraient faire le nécessaire pour adopter des procédures de conformité avec la Loi.

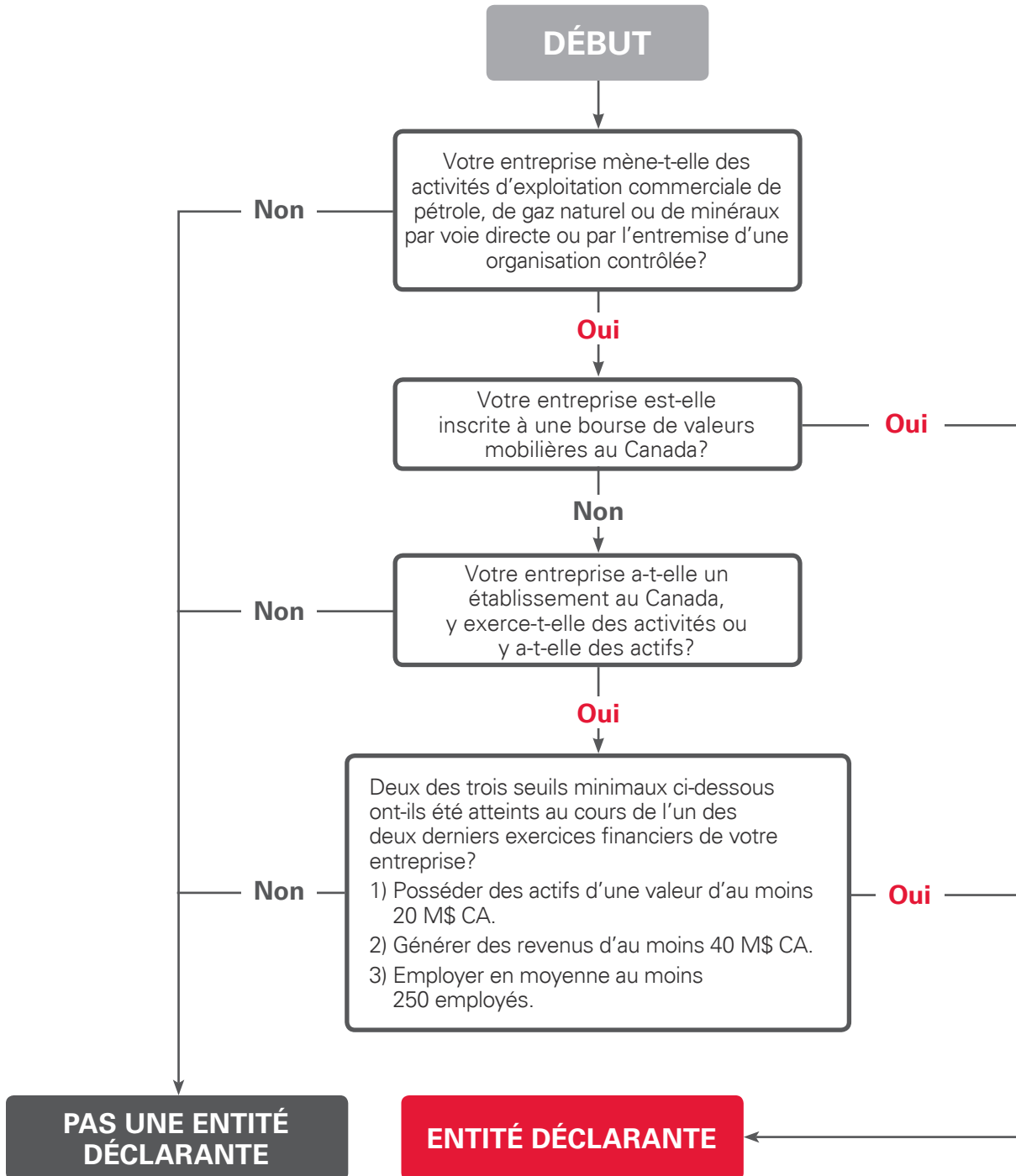
La Loi oblige les entreprises du secteur extractif à déclarer au gouvernement dans un rapport annuel et à divulguer publiquement chaque année certains types de paiements versés aux gouvernements (et aux représentants gouvernementaux), que ce soit à l'étranger ou au Canada. Cette exigence s'appliquera à une date ultérieure aux paiements effectués aux gouvernements autochtones.

L'exposé ci-après porte sur certains aspects de la Loi qui sont déterminants sur le plan de la conformité, à savoir : 1) si une entreprise est assujettie au régime de déclaration de la Loi, 2) les types de paiements devant être déclarés et 3) la responsabilité organisationnelle et individuelle découlant du non-respect de la Loi.



QUI DOIT FAIRE RAPPORT?

Les obligations de faire rapport prévues par la Loi s'appliquent uniquement aux entités qui s'adonnent à l'exploitation commerciale de pétrole, de gaz ou de minéraux et qui satisfont à certains critères liés à l'inscription ou à l'emplacement et à la taille.



Exploitation commerciale de pétrole, de gaz ou de minéraux

La Loi s'applique à tous les types d'entreprises, soit les personnes morales, les sociétés de personnes, les fiducies et les autres entités non constituées en personne morale, comme les coentreprises; toutefois, les particuliers et les entreprises individuelles ne sont pas assujettis aux obligations de faire rapport.

En outre, ces obligations ne visent que les entreprises s'adonnant à « l'exploitation commerciale de pétrole, de gaz ou de minéraux ». Cette expression désigne l'une ou l'autre des activités suivantes :

- l'exploration de pétrole, de gaz ou de minéraux, ou leur extraction – ce qui peut inclure toute activité commerciale ayant lieu au cours du cycle de vie d'un projet pétrolier, gazier ou minier, soit entre l'étape de la prospection ou de l'exploration et la fin du projet;
- l'acquisition ou la détention d'un permis, d'une licence, d'un bail ou d'une autre autorisation permettant de mener l'une ou l'autre des activités susmentionnées – ce qui peut englober le processus de délivrance de permis, où le risque de corruption est l'un des plus élevés de tout le secteur extractif.

Les activités préparatoires, telles que la fabrication d'équipement, et les activités post-extraction, comme le raffinage, la fusion, le traitement, le transport ou l'exportation de pétrole, de gaz ou de minéraux, sont généralement exclues de cette définition. Cependant, selon le contexte, certaines activités de transformation initiale hautement intégrées aux activités d'extraction peuvent en faire partie.

Même si la Loi n'est pas claire à cet égard, il est probable que les sociétés qui fournissent des biens et/ou des services liés à l'exploitation commerciale de pétrole, de gaz ou de minéraux, mais qui ne participent pas directement à l'exploration, à l'extraction ou au processus de délivrance de permis (comme les entreprises de services), ne soient pas visées par la Loi. Il faudra évaluer au cas par cas si une entreprise donnée est assujettie à la Loi, selon le degré global d'intégration au projet.

Exploitation de pétrole, de gaz ou de minéraux par l'intermédiaire d'une filiale ou d'une autre entité contrôlée

Lorsqu'une entreprise s'adonne à l'exploitation commerciale de pétrole, de gaz ou de minéraux par l'intermédiaire d'une filiale ou d'une autre entité contrôlée, tant au Canada qu'à l'étranger, l'entité exerçant le contrôle sera tenue de faire rapport en vertu de la Loi si les critères liés à l'inscription ou à l'emplacement et à la taille décrits ci-après s'appliquent à sa situation. Il en sera ainsi peu importe si l'entreprise contrôlée s'adonne à ce type d'activité au Canada ou à l'étranger. Par exemple, une entreprise inscrite à la TSX qui contrôle une coentreprise se livrant à l'exploitation d'une mine au Chili sera considérée comme une entité déclarante aux fins de la Loi.

Selon la Loi, le terme « contrôle » désigne généralement tout contrôle direct ou indirect exercé de quelque manière que ce soit. Cette notion pourrait englober la définition comptable standard de « contrôle », c'est-à-dire :

- détenir la majorité des actions comportant droit de vote d'une société;
- nommer la majorité des membres du conseil d'administration;
- être ou contrôler le commandité d'une société en commandite;
- détenir une participation majoritaire dans une coentreprise ou une propriété conjointe.

Aux termes de la Loi, le contrôle ne se limite pas au contrôle direct. En effet, il englobe également les entreprises indirectement contrôlées dans la chaîne organisationnelle, comme les filiales indirectes, les sociétés de personnes ou les coentreprises.

Inscription, emplacement et taille

Même si une entreprise s'adonne à l'exploitation commerciale de pétrole, de gaz ou de minéraux (directement ou par l'intermédiaire d'une filiale), elle n'est tenue de faire rapport que si elle est inscrite à une bourse canadienne ou respecte certains critères liés à l'emplacement et à la taille.

L'entité dont les titres ne sont pas inscrits à une bourse de valeurs canadienne peut toute de même être tenue de faire les déclarations prévues par la Loi si elle a un établissement au Canada, y exerce des activités ou y possède des actifs, et si au moins deux des critères liés à la taille suivants se sont appliqués à sa situation au cours de l'un de ses deux derniers exercices financiers :

- posséder des actifs d'une valeur d'au moins 20 M\$ CA;
- générer des revenus d'au moins 40 M\$ CA;
- employer en moyenne au moins 250 employés.

Aux fins des critères liés à la taille et aux revenus, il faut tenir compte des résultats bruts figurant dans les états financiers consolidés de l'entité. Les actifs et les revenus visés par les critères liés à la taille ne sont pas seulement ceux au Canada, ni ceux découlant de l'exploitation commerciale de pétrole, de gaz et de minéraux. Le critère relatif à l'emploi doit être vérifié selon le nombre moyen de tous les employés de l'entité durant chacun de ses deux derniers exercices financiers. Les employés à temps plein, à temps partiel et temporaires qui résident ou travaillent au Canada ou dans d'autres pays doivent également être pris en considération dans ce calcul.

QUE DOIT-ON DÉCLARER?

La Loi exige que les entreprises déclarent les paiements :

- effectués à un « bénéficiaire » (par exemple le gouvernement);
- égaux ou supérieurs à 100 000 \$ CA;
- faits au titre de l'une ou l'autre des catégories suivantes :
 1. taxes et impôts (à l'exclusion des taxes à la consommation et des impôts sur le revenu des particuliers);
 2. redevances;
 3. frais (notamment frais de location, droits d'accès et frais de nature réglementaire – ou autre contrepartie – relatifs à une licence, à un permis ou à une concession);
 4. droits découlant de la production;
 5. primes (notamment les primes de signature et celles liées à la découverte de gisements ou à la production);
 6. dividendes (à l'exclusion des dividendes versés à titre d'actionnaire ordinaire d'une entité);
 7. paiements pour l'amélioration d'infrastructures.

Les paiements qui ne relèvent pas des catégories ci-dessus n'ont pas à être déclarés en vertu de la Loi.

Une entreprise qui est tenue de faire rapport en vertu de la Loi doit déclarer tous les paiements qu'elle a effectués directement, ainsi que tous ceux effectués par une entité qu'elle contrôle, y compris les paiements effectués pour son compte.

Catégories de paiements

Il existe sept catégories de paiements devant être déclarés lorsque la somme versée à un même bénéficiaire totalise ou dépasse 100 000 \$ CA. Les paiements multiples effectués à différents ministères ou organismes au sein du même palier gouvernemental d'un pays seront considérés comme des paiements au « même bénéficiaire ».

Les paiements qui doivent être déclarés peuvent être effectués soit en espèces, soit en nature. La valeur d'un paiement en nature correspond aux coûts engendrés par la société pour les biens ou services qu'elle a offerts ou, s'il est impossible de les établir, à leur juste valeur marchande.

Même si un paiement ne fait pas expressément partie de l'une des catégories prévues par la Loi, mais qu'il s'agit en substance d'un type de paiement visé par l'une de ces catégories, il pourrait devoir être déclaré. Par exemple, si une contribution a été faite à un bénéficiaire au titre de la responsabilité sociale des entreprises à la place de l'une des catégories de paiement qui impliquent une déclaration de paiement, elle pourrait devoir être déclarée.

Taxes et impôts

Les entreprises seront tenues de faire rapport sur tous les types de taxes et d'impôts payés à un bénéficiaire, à l'exclusion des taxes à la consommation et de l'impôt sur le revenu des particuliers. Les taxes à la consommation, comme la taxe de vente, la taxe sur les produits et services, la taxe de vente harmonisée, la taxe sur la valeur ajoutée et la taxe d'utilisation, n'auront pas à être déclarées, et ce, même si elles se rapportent à l'exploitation commerciale de pétrole, de gaz et de minéraux.

Redevances

Tous les types de redevances versées à un bénéficiaire relativement à du pétrole, à du gaz ou à des minéraux doivent être déclarés. À cette fin, les redevances versées en nature sont évaluées en fonction des coûts ou de la juste valeur marchande.

Frais

Cette catégorie est très large et englobe les paiements de tous les types de frais, y compris les frais de location, droits d'accès et frais de nature réglementaire ainsi que les frais relatifs à une licence, à un permis ou à une concession de tous genres. Cependant, elle ne comprend pas les sommes payées dans le cours normal des opérations commerciales, comme les paiements versés à un service public appartenant à l'État pour la consommation d'électricité ou d'eau.

Droits découlant de la production

La part revenant à un bénéficiaire dans la production de pétrole, de gaz ou de minéraux conformément à une entente de partage de production ou à un accord législatif ou contractuel similaire doit être déclarée en vertu de la Loi. Les droits découlant de la production payés en nature seront évalués en fonction des coûts ou de la juste valeur marchande, à l'instar des autres types de paiements en nature.

Primes

Tous les types de primes payées à des bénéficiaires doivent être déclarés en vertu de la Loi, y compris les primes de signature et les primes liées à la découverte de gisements ou à la production.

Dividendes

Cette catégorie englobe les dividendes payés à un bénéficiaire pour des parts reçues au lieu d'une prime, de droits découlant de la production, de redevances ou de toute autre catégorie de paiement devant être déclaré. Toutefois, pour autant que les parts ont été acquises par le bénéficiaire selon les mêmes modalités que celles offertes aux autres actionnaires et que le dividende est payé à ce bénéficiaire en tant qu'actionnaire ordinaire selon les mêmes modalités que celles offertes aux autres actionnaires ordinaires, ce dividende n'a pas à être déclaré en vertu de la Loi.

Paiements pour l'amélioration d'infrastructures

Il faut déclarer les paiements pour l'amélioration d'infrastructures versés à un bénéficiaire, ou exigés par celui-ci, que ce soit conformément à des obligations contractuelles, législatives ou à d'autres ententes. Toutefois, les paiements pour l'amélioration d'infrastructures ayant essentiellement trait aux activités opérationnelles (par exemple construire un pont devant principalement servir à la société pour accéder au site) n'auront probablement pas à être déclarés. Par exemple, si le gouvernement oblige une entreprise à construire un système de traitement des eaux (sauf si celui-ci est principalement destiné au site), les frais de construction connexes pourraient devoir être déclarés.

Concept de « bénéficiaire »

Dans la Loi, le terme « bénéficiaire » désigne :

- tout gouvernement au Canada ou à l'étranger;
- tout organisme établi par au moins deux gouvernements;
- toute fiducie, commission, société ou tout conseil d'administration ou tout autre organisme qui exerce une attribution publique pour un gouvernement ou un organisme établi par au moins deux gouvernements.

L'interprétation de cette définition est large afin d'inclure :

- tout gouvernement national, régional, étatique/provincial, local ou toute administration municipale;
- tout organisme public international, comme les Nations Unies;
- toute société ou entreprise d'État et tout fonds souverain qui exerce une attribution publique pour un gouvernement.

Compte tenu de l'étendue de la définition de « bénéficiaire », les groupes autochtones du Canada et d'ailleurs sont considérés comme des gouvernements et donc comme « bénéficiaire » aux termes de la Loi. Cette disposition est assujettie à un report de deux ans venant à échéance le 1^{er} juin 2017; d'ici là, les paiements versés aux gouvernements autochtones du Canada n'ont pas à être reportés.

Présomption

La Loi contient des présomptions qui visent à englober tous les paiements à des fonctionnaires ou des employés du gouvernement et les paiements faits indirectement à un bénéficiaire pour le compte d'une entité, notamment les suivantes :

- le paiement fait à l'employé d'un bénéficiaire ou au titulaire d'une charge publique au sein d'un bénéficiaire est réputé avoir été fait à ce bénéficiaire (cet aspect est particulièrement important dans un contexte de lutte contre la corruption, car il peut exiger la déclaration d'un paiement irrégulier versé à des fonctionnaires du gouvernement qui sont en violation de la LCAPE);
- le paiement fait par une entité qui est contrôlée par une autre entité est réputé avoir été fait par cette dernière;
- le paiement fait indirectement (par exemple, par l'intermédiaire d'une entité de service ou de gestion) pour le compte d'une entité est réputé avoir été fait par cette dernière.

Forme des rapports

Les exigences de déclaration de la Loi s'appliqueront aux paiements faits pendant chaque exercice qui débute après le 1^{er} juin 2015, et les rapports doivent être produits dans les 150 jours suivant la fin de l'exercice de la société. Les rapports doivent être déposés auprès du ministre des Ressources naturelles et être mis à la disposition du public sur Internet pour au moins cinq ans.

Les paiements doivent être ventilés pour indiquer le bénéficiaire qui les a reçus. Qui plus est, ils doivent être ventilés selon le projet lorsqu'ils sont attribués à un projet précis. Lorsqu'un paiement est fait et qu'il n'est pas attribuable à un projet précis, il peut être déclaré dans le rapport sans être divisé pour être alloué à un projet précis. Le rapport doit présenter le total de toutes les catégories de paiements faits à chaque bénéficiaire et projet, s'il y a lieu. La forme des rapports prévoit également une attestation d'un représentant de la société ou d'un vérificateur portant que les renseignements fournis dans le rapport sont exacts.

Afin d'éviter la duplication des rapports, le ministre a le pouvoir de remplacer les exigences canadiennes en matière de déclaration des paiements par celles d'un autre ressort. Pour encourager les entités assujetties à des obligations de déclaration dans divers territoires, le ministre a récemment déterminé que les Directives sur la responsabilité et la transparence de l'Union européenne sont un substitut acceptable aux exigences de la Loi. Ainsi, les rapports soumis aux termes de ces directives peuvent

également être soumis au ministre comme substitut à un rapport en vertu de la Loi. Lorsqu'une entreprise soumet au Canada un rapport présenté à l'Union européenne, celui-ci doit être accompagné d'un formulaire de substitution qui comprend une attestation d'un dirigeant ou administrateur de l'entité ou d'un vérificateur indépendant.

Obligation de conservation de documents

La Loi prévoit que chaque entité conserve les documents relatifs aux paiements qu'elle a faits au cours d'un exercice pendant une période de sept ans à compter du moment où elle fournit au ministre un rapport. Cette obligation de conservation de documents devrait être lue en parallèle avec l'article 4 de la LCAPE, selon lequel commet une infraction quiconque détruit intentionnellement des livres comptables plus tôt que ne le prévoit la loi dans le but de dissimuler un acte de corruption. Par conséquent, toute violation des obligations de conservation de documents prévues par la Loi peut également être passible de sanctions pénales en vertu de la LCAPE si elle est liée à un acte de corruption.

INFRACTIONS ET RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS ET ADMINISTRATEURS

La Loi prévoit trois infractions distinctes en lien avec la non-conformité concernant la déclaration fautive ou trompeuse et l'évitement général visant :

- toute personne ou entité qui omet de se conformer aux obligations de rapport et de déclaration publique de la Loi;
- quiconque fait une déclaration fautive ou trompeuse ou fournit un renseignement faux ou trompeur;
- toute entité qui structure ses paiements, ou prend des mesures semblables à l'égard de toute autre obligation financière ou tout autre don relativement à ses activités d'exploitation commerciale de pétrole, de gaz ou de minéraux, dans l'intention de se soustraire à l'obligation de faire un rapport à leur égard.

Ces infractions sont passibles d'une amende maximale de 250 000 \$ CA pour chacun des jours au cours desquels se poursuivent les infractions.

En cas de perpétration par une entité d'une infraction à la Loi, ceux de ses dirigeants, administrateurs ou mandataires qui l'ont ordonnée ou autorisée, ou qui y ont consenti ou participé, sont considérés comme des coauteurs de l'infraction et sont personnellement passibles d'une amende maximale de 250 000 \$ CA pour chacun des jours au cours desquels se poursuit l'infraction. L'entité ou ses dirigeants et administrateurs pourraient invoquer un moyen de défense fondé sur la diligence voulue, et il leur incomberait alors de prouver que toutes les précautions nécessaires ont été prises, notamment sous les formes suivantes :

- des politiques et des procédures ont été établies (dont des systèmes de collecte de données adéquats);
- une formation a été fournie;
- des mesures de surveillance assurant l'efficacité des politiques et des procédures ont été mises en place;
- un système de contrôles internes assurant l'exactitude des livres et des documents a été mis en œuvre;
- des vérifications des registres de paiements ont été effectuées.

Pour en savoir davantage, communiquez avec [Michael Dixon](#), [Mark Morrison](#) ou un autre membre de notre groupe [Criminalité des affaires, enquêtes et conformité](#).