

Risques changeants pour les sociétés nationales et étrangères

par Allan Coleman et David Morritt



Les biens, les services et l'argent traversent fréquemment les frontières, et le risque de litiges qu'ils comportent en font tout autant. En 2013, les tribunaux canadiens ont confirmé être disposés à se déclarer compétents pour entendre les recours collectifs intentés par des consommateurs canadiens contre des sociétés étrangères, de même que les recours collectifs en valeurs mobilières contre des émetteurs étrangers.

Entre-temps, la rigueur accrue du « critère d'autorisation » pour intenter un recours collectif, en vertu des dispositions de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario portant sur la responsabilité civile, fait en sorte que les défendeurs puissent désormais faire échec aux plaintes non fondées plus tôt dans le processus.



Commentaires d'Osler

Les émetteurs étrangers assujettis aux lois sur les valeurs mobilières de l'Ontario

Dans des décisions récentes, les tribunaux de l'Ontario ont démontré qu'ils sont prêts à se déclarer compétents à l'égard de recours collectifs en valeurs mobilières ayant une forte dimension étrangère, ce qui présente un risque accru pour les émetteurs étrangers.

Dans l'affaire *Abdula c. Canadian Solar Inc.*, la Cour supérieure de l'Ontario a statué qu'un résident ontarien, ayant acheté des actions d'un émetteur assujetti aux États-Unis auprès d'une bourse américaine, pouvait intenter un recours collectif en valeurs mobilières contre la société en Ontario si celle-ci avait un « lien étroit et véritable » avec la province. En l'espèce, on a retenu entre autres le fait que la société avait son siège social et un bureau de direction principal en Ontario, qu'elle y tenait ses assemblées annuelles et que les fausses représentations alléguées étaient contenues dans des documents publiés ou présentés en Ontario.

Plus récemment, dans l'affaire *Kaynes c. BP, plc*, la Cour est allée encore plus loin en déclarant que tous les résidents canadiens qui achètent des valeurs mobilières d'un défendeur étranger et auprès d'une bourse étrangère, peuvent intenter un recours en vertu des lois de l'Ontario, même si le défendeur n'a autrement aucun lien véritable avec l'Ontario. Cette décision va à l'encontre de l'approche adoptée par les tribunaux aux États-Unis et ailleurs. La Cour supérieure ontarienne a établi que la cause d'action prévue par les lois de l'Ontario n'avait pas de limites territoriales, et que la présomption voulant que les demandeurs sont réputés s'être fiés aux fausses représentations (*deemed reliance*) signifiait que la cause d'action était similaire à un délit commis en Ontario. Bien que l'affaire ait été portée en appel, si la décision BP est maintenue, elle aura vraisemblablement d'importantes répercussions sur les émetteurs étrangers qui négocient à la Bourse de Toronto ou ailleurs au Canada, peu importe où ils se trouvent dans le monde. En effet, la décision ferait en sorte que ces émetteurs pourraient être poursuivis en Ontario par des investisseurs canadiens, même si ces derniers ont acheté les titres auprès d'une bourse étrangère et que l'émetteur étranger n'a autrement aucun lien véritable avec le Canada.

La position des tribunaux ontariens se démarque par rapport à celle adoptée par de nombreuses autres juridictions, où les juges n'ont pas voulu se déclarer compétents à l'égard de recours contre des émetteurs étrangers pour fausses représentations dans leurs documents d'information. Par exemple, dans l'affaire *Mouaikel c. Facebook Inc.*, la Cour supérieure du Québec a refusé d'autoriser un recours collectif intenté par des résidents québécois qui avaient acheté des actions de Facebook à la bourse NASDAQ suite à son appel public à l'épargne. La Cour a jugé que le simple fait de résider au Québec, pour un acheteur d'actions Facebook auprès d'une bourse étrangère, n'était pas suffisant pour en conférer la compétence aux tribunaux québécois. De même, la Cour suprême des États-Unis, dans l'arrêt *Morrison c. National Australia Bank*, a invoqué le principe bien établi de « présomption de non-application territoriale » pour affirmer qu'elle ne se déclarera compétente que si l'achat ou la vente de valeurs mobilières est effectué auprès d'une bourse américaine, ou si l'opération est autrement réputée avoir eu lieu aux États-Unis.

Pratiques exemplaires

1 Mettre au point une stratégie solide en Ontario

Un émetteur étranger qui est poursuivi à la fois en Ontario et à l'étranger en raison de fausses représentations dans ses documents d'information, et dont les actions peuvent avoir été achetées par des résidents ontariens, devrait travailler avec ses conseillers juridiques pour mettre au point une stratégie de défense robuste qui veillerait à ce que les approches adoptées dans les deux juridictions soient complémentaires. De même, ceci permettra à l'émetteur de réduire toute possibilité d'indemnisation en double. (Une telle stratégie en Ontario peut être de contester la compétence que s'attribue un tribunal ontarien et sa décision d'autoriser le recours – voir ci-dessous.)

Les exigences pour obtenir l'autorisation d'exercer un recours collectif en valeurs mobilières fondé sur de fausses représentations dans les documents d'information d'un émetteur ont été appliquées de manière claire, créant de nouvelles occasions pour la défense

Dans le but d'encourager de meilleures pratiques de divulgation, l'Ontario et d'autres juridictions canadiennes ont fait en sorte qu'il soit plus facile pour les investisseurs d'intenter des recours collectifs à la suite de fausses présentations dans les documents d'information continue d'un émetteur. À l'instar de la doctrine américaine de « *fraud on the market* » (telle qu'elle existe actuellement), les nouvelles dispositions dans la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario n'exigent plus la preuve individuelle que chaque investisseur s'est fié aux fausses représentations alléguées pour qu'une poursuite soit autorisée. Bien que ces dispositions de responsabilité civile aient pour but d'assurer la santé et la transparence des marchés des capitaux, elles créent aussi un fardeau additionnel pour les émetteurs et leurs actionnaires quant aux poursuites non fondées. La loi traite de cette question en exigeant l'autorisation préalable d'un tribunal pour intenter un recours en vertu de la *Loi sur les valeurs mobilières*. Toutefois, des cas antérieurs sembleraient suggérer que le « critère d'autorisation » – qui oblige les demandeurs à démontrer que leur réclamation est de bonne foi et qu'elle présente une possibilité raisonnable de gain de cause – ne constituerait rien de plus qu'un léger obstacle pour les demandeurs et que les défendeurs auraient peu à gagner, et probablement beaucoup à perdre, en déposant de nombreux éléments de preuve pour contrer une requête en autorisation. Par exemple, le dépôt d'éléments de preuve en réponse à une requête en autorisation pourrait donner lieu à la communication préalable précoce de documents, à l'exposition de témoins clés à un contre-interrogatoire et à la divulgation de la stratégie de litige. Cependant, des décisions plus récentes ont donné aux défendeurs un certain espoir quant au critère d'autorisation et à la possibilité de mettre fin à des poursuites non fondées. Ainsi, les tribunaux se sont montrés prêts à utiliser le critère d'autorisation comme un véritable mécanisme de filtrage afin d'examiner et d'évaluer la preuve et de déterminer si la poursuite intentée a de réelles chances de succès.

Ces dernières décisions, y compris l'affaire *Gould c. Western Coal Corporation*, démontre qu'une défense solide à l'étape de la requête d'autorisation peut rapporter gros. Il s'agit donc d'un incitatif additionnel pour les défendeurs de monter une défense rapide et solide afin d'obtenir le rejet complet de l'action. Un autre avantage à plus long terme de ces changements réside en leur effet dissuasif sur les plaintes non fondées et autres « poursuites opportunistes » conçues pour extorquer des règlements afin d'éviter des litiges longs et fort coûteux.

Pratiques exemplaires

- 1 Préparer une défense rapide**
Envisagez de contester vigoureusement une requête en autorisation à l'aide de preuve contraire et en vérifiant la preuve d'expert de la partie adverse.

Les sociétés étrangères qui vendent leurs marchandises au Canada – même par l’entremise de distributeurs ou d’autres entités dans la chaîne d’approvisionnement – peuvent être tout aussi exposées à des poursuites intentées localement

Les recours collectifs de consommateurs sont à la hausse au Canada et aux États-Unis, avec une attention particulière portée aux comportements anticoncurrentiels et à la fixation des prix. En 2013, le contexte canadien de ces recours a été clarifié suite à une trilogie de décisions fort attendues de la Cour suprême du Canada en matière d’autorisation de recours collectifs. Régulant ainsi des approches concurrentes qui avaient été adoptées par les tribunaux de la Colombie-Britannique et du Québec, la Cour suprême a jugé que les sociétés peuvent faire l’objet de poursuites de la part d’acheteurs indirects au Canada pour des dommages subis à la suite d’une fixation des prix effectuée au début de la chaîne de distribution. De telles poursuites sont permises même si la conspiration de fixation des prix alléguée aurait pris forme dans un territoire étranger, en raison de la théorie voulant que le prix excessif ait été transmis aux acheteurs canadiens par le biais de la chaîne de distribution. Cela étant dit, il reste interdit aux défendeurs dans les recours collectifs d’antitrust et autres de présenter une défense fondée sur le « transfert de la perte » (*passing-on defence*) en droit de la réparation, face à des réclamations de la part d’acheteurs directs. En d’autres mots, les défendeurs ne peuvent prétendre que les acheteurs directs n’ont pas subi de dommages au motif que ces derniers auraient transféré la perte en chargeant un prix excessif à leurs propres clients (c.-à-d. les acheteurs indirects). La Cour suprême a conclu que bien qu’il existe ainsi un risque d’indemnisation en double ou multiple, soit lorsque des actions intentées par des acheteurs directs et indirects sont en instance en même temps ou lorsque des poursuites parallèles sont en instance dans d’autres juridictions, il s’agit d’un risque qui peut être géré par le tribunal. De même, les défendeurs peuvent présenter des éléments de preuve de façon à prévenir un tel chevauchement de recours.

La Cour suprême a également réaffirmé le seuil peu élevé requis pour l’autorisation des recours collectifs, tel qu’il avait été établi dans des affaires antérieures. Ce seuil peu élevé ne requiert qu’un « fondement factuel » démontrant que les critères d’autorisation ont été remplis, incluant une méthode « valable ou acceptable » pour établir qu’un préjudice a été subi

par l’ensemble du groupe proposé. Pendant ce temps, au Québec, le rôle des tribunaux à l’étape de l’autorisation consiste à ni plus ni moins filtrer les poursuites frivoles.

La volonté des tribunaux canadiens d’autoriser les recours d’acheteurs indirects expose les sociétés étrangères à un risque accru de recours collectifs de la part de consommateurs canadiens. En effet, les sociétés étrangères qui n’ont pas de présence directe au Canada pourraient se retrouver à défendre des recours collectifs en matière de concurrence au Québec, et possiblement dans d’autres provinces, intentés par des personnes qui auraient prétendument subi des pertes dans ces territoires en raison d’un stratagème de fixation des prix mis en place dans un territoire étranger.

Pratiques exemplaires

1 Prévenir les comportements anticoncurrentiels avant qu’ils ne se manifestent

Élaborez une politique exhaustive de conformité en matière de concurrence et faites-la réviser régulièrement. Formez les employés qui participent aux décisions relatives aux prix et effectuez des vérifications annuelles pour assurer la conformité.

2 En cas de litige, présenter une défense dans plusieurs territoires

Coordonnez votre défense dans tous les territoires concernés pour mettre au point des stratégies de défense complémentaires et ainsi réduire le risque de double indemnisation et de dédommagement excessif.

Pour discuter des enjeux et des stratégies de gestion de risque mentionnés ci-dessus, veuillez communiquer avec :



Allan Coleman
Associé, Litige
acoleman@osler.com
416.862.4941



David Morrirt
Associé, Litige
dmorrirt@osler.com
416.862.6723