



Michael Bussmann

(416) 369-4663

michael.bussmann@gowlings.com

TVH au Canada : les gagnants et les perdants

Janvier 2010

M^e Bussmann est un associé du groupe de pratique national Droit fiscal de Gowlings, spécialisé dans les questions d'impôt indirect, y compris toutes les formes de taxes à la consommation fédérales et provinciales, en plus de conseiller et de représenter une vaste gamme d'industries de partout au Canada.

Les provinces canadiennes continuent d'intégrer leurs régimes de taxes de vente provinciaux à la taxe fédérale sur les produits et les services (TPS). Dernièrement, la Colombie-Britannique et l'Ontario ont annoncé des plans pour adopter un régime d'imposition simple à valeur ajoutée dont les taux se situeraient à 12 pour cent en Colombie-Britannique et à 13 pour cent en Ontario. Le 1^{er} juillet 2010, soit la date d'entrée en vigueur prévue par ces provinces, la Colombie-Britannique et l'Ontario se joindront au Nouveau-Brunswick, à la Nouvelle-Écosse et à Terre-Neuve-et-Labrador qui perçoivent la taxe de vente harmonisée (TVH) depuis 1997, et au Québec, dont la taxe sur la valeur ajoutée connue sous l'appellation « taxe de vente du Québec » est entrée en vigueur en 1991.

Cette décision des provinces canadiennes d'adopter une TVH reflète une tendance mondiale en matière de taxe à la consommation. En effet, les systèmes d'imposition par taxe à valeur ajoutée (TVA) tels que la TVH et la TPS constituent dorénavant la méthode la plus courante d'imposition à la consommation, alors que 29 des 30 pays membres de l'OCDE fonctionnent selon ce type de système, et que près de 130 pays dans le monde ont également adopté cette méthode d'imposition.

Le passage d'une taxe de vente provinciale (ou à la consommation et à l'utilisation) à une taxe à valeur ajoutée multi-stades sous forme de TVH devrait profiter à de nombreuses entreprises, puisque cette mesure simplifiera la conformité fiscale grâce au remplacement de deux réglementations fiscales sur les transactions par un seul système complet. Une seule réglementation permettra ainsi d'épargner des millions de dollars de coûts afférents à la conformité pour les entreprises et à l'administration pour les gouvernements de la Colombie-Britannique et de l'Ontario.

La plupart des entreprises qui produisent actuellement des biens et des services taxables selon la TPS ou qui les fournissent exempts de TPS à l'exportation, pourront entièrement recouvrer la TVH la plus élevée qu'elles paieront sur les intrants de leur entreprises. Ces entreprises ne paieront plus les taxes de vente provinciales non recouvrables sur les achats de biens et de certains services, et ces dernières ne seront plus intégrées aux coûts des biens et des services produits par les entreprises.

Un des secteurs les plus favorisés par cette mesure est celui des logiciels et des services informatiques, puisque

la vente de ces derniers ne sera plus assujettie à une taxe de vente provinciale non recouvrable. Cet allègement fiscal s'avérera un stimulant indispensable pour ce secteur.

Cependant, d'autres aspects du nouveau régime de la TVH en Colombie-Britannique et en Ontario seront plus coûteux.

Il ressort en effet qu'en ce qui a trait à une gamme limitée d'intrants, toutes les entreprises dont les ventes taxables selon la TPS ou la TVH s'élèvent à plus de 10 millions de dollars ne pourront réclamer de crédits d'impôts d'intrants pour recouvrer la portion provinciale de la TVH (7 pour cent en Colombie-Britannique et 8 pour cent en Ontario). Ces intrants comprennent les services de télécommunications (autres que l'accès Internet ou les numéros de téléphone sans frais), les véhicules routiers de moins de 3 000 kg (y compris les pièces, les services et le carburant), ainsi que la nourriture, la boisson et les divertissements. La restriction sur le recouvrement d'intrants liés à l'énergie aura sans doute le plus de répercussions, puisque les intrants en matière d'énergie sont actuellement complètement exemptés de taxes en vertu des régimes fiscaux provinciaux existants. En revanche, la plupart des sources d'énergie entreront dans la catégorie des fournitures entièrement taxables suivant l'harmonisation des deux régimes en un seul. Ces développements risquent d'avoir des répercussions néfastes pour plusieurs fabricants et autres importants utilisateurs d'énergie.

Quant aux entreprises du secteur des services financiers, lesquelles ne recouvrent aucune TPS ou TVH sur des

intrants liés à la prestation de services financiers, elles verront leur fardeau fiscal accru en raison de cette transition. Les services d'assurance de l'Ontario seront particulièrement touchés, puisque l'Ontario maintiendra sa taxe de vente de 8 pour cent sur les primes liées à l'assurance des biens autres que l'assurance automobile. Cette mesure s'apparente à la taxe de vente que Terre-Neuve-et-Labrador a conservée sur ces primes d'assurance jusqu'à tout récemment.

De plus, le secteur dit MUSH comprenant les municipalités, écoles, universités et hôpitaux, lequel ne recouvre que des TPS/TVH limitées par le truchement d'abattements, a vu ses niveaux d'abattements pour la composante provinciale de la TVH établis dans le but de réduire les recouvrements de TVH pour que ces derniers ne dépassent pas les sommes engagées actuellement dans le cadre de la taxe provinciale.

L'industrie de la construction d'habitations neuves connaîtra une importante hausse de taxes sur les maisons les plus luxueuses, laquelle atteindra la totalité des 12 pour cent de la TVH en Colombie-Britannique sur la valeur des habitations et condominiums neufs de plus de 525 000 \$, et la totalité des 13 pour cent de la TVH en Ontario sur les habitations de plus de 400 000 \$.

Le gouvernement fédéral encourage de plus en plus les provinces du Manitoba, de la Saskatchewan et de l'Île-du-Prince-Édouard qui continuent de maintenir les régimes de taxes de vente à suivre la vague de changement; il y a fort à parier que ces dernières emboîteront le pas dans les années à venir.

La présente publication est de nature informative seulement; elle ne constitue pas un avis juridique ni ne devrait être interprétée comme tel.

Gowlings est un cabinet d'avocats canadien de premier rang, offrant une vaste gamme de services destinés à aider les clients locaux et internationaux à atteindre leurs objectifs d'affaires. Forte de sa solide réputation en droit des affaires, en litige et en propriété intellectuelle, Gowlings met à profit son expertise éprouvée dans de nombreux secteurs dont les ressources naturelles, l'énergie, les infrastructures, les relations gouvernementales, les sciences de la vie, les services financiers, la technologie et les industries manufacturières. Le cabinet allie pratique conventionnelle et solutions d'affaires novatrices en vue de conférer aux entreprises un avantage concurrentiel en matière de prix de transfert et de fiscalité, et de santé et sécurité au travail. Le cabinet se distingue par un effectif national et une présence locale avec plus de 700 professionnels du droit répartis dans ses bureaux de Montréal, Ottawa, Toronto, Hamilton, la région de Waterloo, Calgary et Vancouver. En plus de répondre aux besoins en droit de la propriété intellectuelle de la Russie et de la CEI par l'intermédiaire de son bureau de Moscou, Gowlings offre son expertise en matière d'énergie, de ressources et d'infrastructures à partir de son bureau de Londres, au Royaume-Uni. Visitez-nous à gowlings.com.



Prévisions au chapitre des fusions et acquisitions de sociétés en difficulté et profil de la reprise économique

Janvier 2010

David F.W. Cohen

(416) 369-6667
david.cohen@gowlings.com

M^e Cohen est associé chez Gowlings et chef du groupe de pratique national en réorganisation et insolvabilité. Il concentre sa pratique dans les domaines du droit des sociétés et du droit commercial avec un intérêt particulier pour les fusions et acquisitions de sociétés en difficulté, les prêts commerciaux et aux grandes entreprises consortiaux et hors consortium, la faillite, l'insolvabilité et la réorganisation.

La principale caractéristique de la récession actuelle est la vitesse — la vitesse de la spirale descendante et la vitesse de la reprise apparente. Mais, il reste à voir si la reprise prendra la forme d'un « V » prononcé comme le prédisent certains économistes, ou celle plus mouvementée d'un « W » tout en montagnes russes que d'autres économistes annoncent.

Dans le cadre de la récession actuelle, les fusions et acquisitions de sociétés en difficulté sont caractérisées par quatre facteurs économiques clés :

- 1- Absence de liquidités** : Une diminution du financement même pour les entreprises florissantes se traduit par un manque de levier pour les transactions liées à des sociétés en difficulté;
- 2 - Pas de fond en vue** : Personne n'aime acheter lorsque le marché n'a pas encore passé le creux de la vague;
- 3 - Absence d'acheteurs** : Pour maximiser le retour sur les investissements, les acheteurs financiers (les fonds spéculatifs et les entreprises de capital d'investissement privé) incluent habituellement le financement par emprunt pour réaliser leurs acquisitions. La diminution des liquidités déforme le ratio capitaux d'emprunts/capitaux propres et l'incertitude qui plane relativement au creux réel de la vague de la récession diminue l'appétit des acheteurs financiers pour les fusions et acquisitions de sociétés en difficulté. Préservant leurs ressources au cas où leurs propres entreprises se retrouvent dans une situation précaire, même les

acheteurs stratégiques qui disposent de liquidités évitent le marché des titres en difficulté.

4- Patience relative des créanciers : Dans les cas où les finances d'une société sont mises à l'épreuve mais non critiques, les créanciers garantis peuvent décider de ne pas prendre de mesures exécutoires pour défaillance. Ils peuvent plutôt choisir de faire preuve de patience, en maintenant l'affaire en vie grâce à des modalités d'abstention, en décourageant les investissements discrétionnaires et en effectuant davantage de surveillance.

En nous penchant sur une variété de situations difficiles, nous sommes parvenus à identifier au moins deux « stades » dans l'évolution du marché des fusions et acquisitions de sociétés en difficulté, sans oublier un troisième stade qui semble se profiler à l'horizon. Même s'ils ne sont parfaitement distincts l'un de l'autre, ces deux premiers stades laissent entrevoir une tendance générale et nous donnent un aperçu du troisième stade.

Stade I : L'attente

Dès que la crise financière de 2008 a atteint les États-Unis puis le Canada, et ce, pendant plusieurs mois, très peu de sociétés en difficulté ont été vendues à titre de sociétés en exploitation. Les scénarios de liquidation ne laissaient rien présager de bon non plus, alors que les liquidateurs se retiraient de classes entières d'actifs.

On avait prévu un déclin des fusions et acquisitions « ordinaires » dans les deux pays, mais personne n'avait entrevu la possibilité que le marché des fusions et acquisitions des sociétés en difficulté faiblisse. Face à un marché qui n'avait pas encore atteint le fond au premier trimestre de 2009, même les liquidateurs et les acheteurs dont les coffres étaient pleins hésitaient à se lancer sur des cibles en difficulté, tout comme les acheteurs financiers (fonds spéculatifs et entreprises de capital d'investissement privé) qui cherchent à inclure le financement par emprunt dans leur stratégie optimale. De plus, de nombreux créanciers et prêteurs ont préféré attendre, plutôt que de mettre en application des mesures pour défaillance à l'encontre de sociétés en difficulté. Des transactions privées de fusions et acquisitions menées par des créanciers ont échoué en raison du manque d'acheteurs et de financement. Des fonds d'acquisition de sociétés en difficulté se formaient, mais pas assez vite pour pallier les premières situations difficiles. Par conséquent : les acheteurs attendaient une vente catastrophe mais aucune vente n'avait lieu.

Stade II : Le plus bas niveau à l'horizon, liquidités limitées, quelques acheteurs et créanciers garantis qui commencent à s'impatienter

Au moment d'écrire ces lignes, nous constatons que, au cours de ce stade, les fonds d'investissement de sociétés en difficulté et les acheteurs stratégiques pourraient prendre en considération les sociétés en difficulté qui constituent les plus grandes forces du marché ou encore des exploitants de créneaux particuliers. Les acheteurs stratégiques disposant d'importants fonds, ayant réussi à rationaliser leurs propres affaires, sont bien positionnés pour remettre sur pied une société qui connaît des difficultés financières. Les sociétés en difficulté vendent, mais elles sont relativement peu nombreuses. Et parce que les acheteurs recherchent précisément des entreprises qui sont complémentaires aux leurs, les transactions se concluent rarement et les prix demeurent bas.

La hausse des marchés boursiers avant même les premiers signes de la reprise économique a créé des écarts en matière d'anticipation des prix. Alors que les prix excèdent le financement disponible, l'acheteur doit hausser la composante en actions de la transaction, négocier en vue d'obtenir un prix inférieur, trouver une autre source de financement ou abandonner le processus. Dans certains cas, des prêteurs actuels de sociétés en difficulté visées annuleront les dettes de ces dernières en vue d'éviter d'avoir à composer avec un prix encore plus bas, puis prendront les mesures nécessaires afin que la société soit prête à affronter la tempête au moyen d'une nouvelle direction et d'un nouveau fonds de roulement.

Compte tenu de la tourmente qui continue de sévir auprès des créanciers, de l'insuffisance de valeurs de liquidation en vue de mener à des ventes d'entreprises en exploitation et de la rareté des acheteurs, le stade II n'en est pas un qui sera caractérisé par une activité élevée en fait de fusions et acquisitions de sociétés en difficulté.

Stade III : L'avenir : sortir de la récession, hausse des liquidités, un plus grand nombre d'acheteurs et des créanciers garantis impatientes

Tel que nous l'avons mentionné précédemment, l'activité au chapitre des fusions et acquisitions de sociétés en difficulté au cours des prochains mois sera fonction du modèle emprunté : le recouvrement en « V » ou encore le recouvrement en « W », au parcours allongé et turbulent.

Dans le cas d'une reprise rapide, le nombre d'entreprises vendues serait moindre, puisque l'augmentation des liquidités permet de traverser la crise. L'activité en fait de fusions et acquisitions traditionnelles pourrait reprendre, mais à un rythme ralenti, étant donné que les propriétaires, en l'absence de pression de la part des créanciers, hésiteraient plutôt à vendre dans un contexte de marché faible mais en hausse.

Par contre, une remontée lente ou turbulente en forme de « W » pourrait susciter la confiance des investisseurs dans les valeurs de prix et forcer les créanciers et les acheteurs à insister auprès de débiteurs pour que des ventes de sociétés en difficulté se réalisent. Leur patience s'effritant de plus en plus, les créanciers garantis se montreront plus intéressés à se retirer des intérêts de sociétés stagnantes et des cycles prolongés de reprise. Le retour des liquidités va stimuler les affaires. Ces facteurs et l'incertitude inhérente à un recouvrement atténué pourraient se traduire par une reprise de l'activité en matière de fusions et acquisitions de sociétés en difficulté en 2010.

Il ne fait nul doute que l'écart de productivité du Canada découlant d'un ralentissement dans le secteur de la fabrication combiné avec un dollar en hausse pointent vers une reprise plus lente. Les secteurs de l'industrie canadienne qui comptent sur la demande américaine peuvent s'attendre à une longue remontée. La moindre turbulence en ce qui a trait aux taux d'intérêts mettra la pression pour la vente de biens en difficulté. Le risque de retomber en récession demeure donc une réelle menace. Le marché des sociétés en difficulté au cours des prochains mois dépendra de la forme que prendra la reprise.



Shelley Samel
(416) 862-4494
shelley.samel@gowlings.com

Droit de la publicité : quelques enjeux propres au Canada

Janvier 2010

Me Samel est associée chez Gowlings; elle pratique dans le domaine de la propriété intellectuelle. Elle a aidé certaines des plus importantes sociétés du Canada dans le cadre d'enjeux liés à la publicité et aux promotions; à l'étiquetage et à l'emballage; à l'octroi de licences; aux contrats d'artistes et aux ententes de commandite; de même qu'à la protection de la PI.

À titre d'avocate spécialisée en publicité, je suis fréquemment appelée à expliquer comment une campagne qui s'est déroulée sans heurt aux États Unis doit être modifiée pour fonctionner ici au Canada. Il est indéniable, en effet, que la réglementation canadienne est bien différente et, compte tenu de la grande quantité de messages qui franchissent la frontière canado-américaine, il est important que les annonceurs américains s'y conforment.

Un des aspects qui distinguent les Canadiens des Américains est le fait que les premiers ont davantage tendance à faire une interprétation littérale et à prendre les affirmations au pied de la lettre. Les affirmations du genre « le café préféré en Amérique » ne sont pas autorisées ici, à moins que des données ne montrent que le produit en question est effectivement le vendeur numéro un. Fort heureusement, comme c'est le cas aux États Unis, il n'est pas nécessaire d'étayer les affirmations hyperboliques, c'est-à-dire les affirmations exagérées au point d'être incroyables.

La publicité comparative est également traitée différemment au Canada. En plus d'exiger que les affirmations aient été soumises à des tests adéquats, les lois canadiennes comportent des règles particulières au sujet des droits

d'auteur et des droits afférents aux marques de commerce. La Loi sur le droit d'auteur du Canada interdit la reproduction non autorisée des œuvres protégées par un droit d'auteur. Étant donné que, pour la plupart des formes de publicité, la défense de « l'utilisation équitable » ne peut être invoquée, la reproduction de l'étiquette, du logo ou de l'emballage d'un produit concurrent dans une annonce comparative peut constituer une atteinte à un droit d'auteur, même s'il n'y a aucune violation de la législation sur les marques de commerce. Dans la même veine, notre Loi sur les marques de commerce fédérale ne comporte aucune disposition sur l'« utilisation équitable » qui permet l'emploi de la marque de commerce d'un concurrent.

En l'absence de la garantie de liberté d'expression sans équivoque qui est si chère aux Américains, certains emblèmes canadiens dont l'emploi dans la publicité ne devrait susciter aucune objection de prime abord sont effectivement assujettis à certaines restrictions :

1 - GRC

L'utilisation d'agents de la GRC, réels ou déguisés, des mots « Gendarmerie royale du Canada », de l'acronyme « GRC » ou du mot « police montée » nécessite l'approbation de la

GRC. Le consentement est normalement assujéti à des droits de licence et à l'assurance que l'organisme sera représenté de façon adéquate.

2 - Drapeau

Le drapeau canadien est protégé par la Loi sur les marques de commerce et son utilisation nécessite le consentement du ministère du Patrimoine canadien.

3- Feuille d'érable

L'utilisation de la feuille d'érable sur des produits qui ne proviennent pas de l'érable (sirop d'érable) ou qui ne sont pas fabriqués au Canada sera vraisemblablement interdite.

4 - Billets de banque

Les dispositions du Code criminel qui concernent la monnaie contrefaite interdisent la conception, l'impression, la distribution ou l'utilisation de cartes, d'avis, de circulaires, de feuillets ou d'annonces qui ressemblent aux billets de banque ou à la monnaie de papier actuels. En raison du droit d'auteur et des droits sur les marques de commerce que la Couronne détient, il est désormais nécessaire d'obtenir une licence de la Banque du Canada pour utiliser la monnaie de papier dans certaines formes de publicité.

5 - Pièces de monnaie

Étant donné que le droit d'auteur de la Couronne couvre également les dessins apparaissant sur les pièces de monnaie canadiennes, celles-ci ne peuvent être utilisées dans la publicité sans l'autorisation de la Monnaie royale canadienne ainsi que le paiement de droits de licence élevés.

Au Canada, l'attribution de prix uniquement en fonction du hasard est considérée comme une loterie illégale. En général, nous n'utilisons pas le mot « tirage au sort », mais nous employons plutôt le mot « concours » pour désigner les jeux comportant un tirage et une question d'habileté, étant

donné qu'un élément d'habileté doit être présent dans tous les cas. Pour recevoir un prix, le gagnant doit répondre correctement à une question d'habileté mathématique. L'affirmation « Tout le monde gagne » sur un billet à gratter doit être suivie de la mention « pourvu que la personne réponde correctement à une question d'habileté mathématique ». De plus, à moins que le concours ne soit fondé uniquement sur une habileté, l'achat ne peut constituer une condition préalable à l'inscription à un concours dont le prix se compose d'« effets, de denrées ou de marchandises ».

Les lois canadiennes sur la protection de la vie privée protègent davantage les consommateurs que ne le font les lois américaines correspondantes actuelles. En général, en l'absence d'une clause optionnelle d'acceptation (préférable) ou de refus de l'utilisation des renseignements à d'autres fins, les renseignements personnels recueillis ne peuvent être utilisés que pour le déroulement du concours.

Bon nombre de concours canadiens ne sont pas ouverts aux résidents du Québec, en raison de la myriade de règles appliquées par la Régie des alcools, des courses et des jeux. Le régime unique du Québec en matière de publicité et de protection des consommateurs déborde du cadre du présent article; il suffit toutefois de dire qu'une annonce ou un concours qui est présenté dans le Canada anglais ne verra pas nécessairement le jour au Québec.

La législation canadienne n'est pas toujours plus restrictive que celle des États Unis. Ainsi, il est possible d'utiliser des mots comme « nouveau », « lancement » ou « amélioré » pendant une année complète suivant le lancement ou le nouveau lancement du produit, tandis que cette période n'est que de six mois aux États Unis. De plus, les annonceurs peuvent utiliser au moins un grand symbole canadien sans devoir obtenir d'autorisation : en effet, notre hymne national, « Ô Canada » (paroles et musique), appartient au domaine public.

La présente publication est de nature informative seulement; elle ne constitue pas un avis juridique ni ne devrait être interprétée comme tel.

Gowlings est un cabinet d'avocats canadien de premier rang, offrant une vaste gamme de services destinés à aider les clients locaux et internationaux à atteindre leurs objectifs d'affaires. Forte de sa solide réputation en droit des affaires, en litige et en propriété intellectuelle, Gowlings met à profit son expertise éprouvée dans de nombreux secteurs dont les ressources naturelles, l'énergie, les infrastructures, les relations gouvernementales, les sciences de la vie, les services financiers, la technologie et les industries manufacturières. Le cabinet allie pratique conventionnelle et solutions d'affaires novatrices en vue de conférer aux entreprises un avantage concurrentiel en matière de prix de transfert et de fiscalité, et de santé et sécurité au travail. Le cabinet se distingue par un effectif national et une présence locale avec plus de 700 professionnels du droit répartis dans ses bureaux de Montréal, Ottawa, Toronto, Hamilton, la région de Waterloo, Calgary et Vancouver. En plus de répondre aux besoins en droit de la propriété intellectuelle de la Russie et de la CEI par l'intermédiaire de son bureau de Moscou, Gowlings offre son expertise en matière d'énergie, de ressources et d'infrastructures à partir de son bureau de Londres, au Royaume-Uni. Visitez-nous à gowlings.com.



Mary M. Thomson
(416) 862-4644
mary.thomson@gowlings.com

L'américanisation des recours collectifs canadiens

Janvier 2010

M^e Thomson est associée chez Gowlings et figure parmi les plus éminents avocats du Canada en matière de recours collectifs, de litiges délictuels, de responsabilité du fait des produits, de droit de la santé et de droit du consentement.

Lors d'un récent séjour aux États Unis, on m'a demandé si un juge américain pouvait certifier un sous-groupe de Canadiens dans le cadre de la certification et du règlement d'un recours collectif engagé aux États Unis. J'ai répondu que, bien que les tribunaux américains aient certifié des recours mettant en cause des Canadiens, il importe d'apporter un grand soin à la rédaction et à la définition dans ces affaires transfrontières afin d'obtenir un règlement ayant force exécutoire pour les résidents canadiens. Le seul fait de poser la question montre combien la plus longue frontière non protégée du monde est extraordinairement poreuse en ce qui a trait aux recours collectifs. De plus, en raison de la relative facilité avec laquelle les recours collectifs sont maintenant certifiés au Canada et de la souplesse des règles de la communication préalable dans la plupart des provinces de common law, les recours collectifs canadiens sont déposés en même temps que les recours américains correspondants ou, de plus en plus souvent, avant eux.

En avril 2009, Andrew Morganti est entré au service de Sutts Strosberg, important cabinet canadien qui représente les demandeurs dans les recours collectifs. Ancien associé chez Milberg LLP, à New York, M. Morganti est décrit comme un « conseiller en matière de litiges américains complexes ». Au cours d'une récente entrevue donnée pour *American Lawyer.com*, M. Morganti a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

Il est très enrichissant d'exercer dans un pays où le droit évolue aussi rapidement. Dans le cas des recours collectifs concernant les valeurs

mobilières, la situation au Canada s'apparente davantage à celle qui existait aux États Unis avant l'adoption de la loi intitulée *Private Securities Litigation Reform Act*. [...] En ce qui concerne la législation antitrust [loi sur la concurrence], le nombre de recours collectifs qui sont engagés aux États Unis et qui portent sur des cartels mondiaux ne cesse d'augmenter. Cela signifie que des actions pourraient également être intentées ailleurs, y compris au Canada. Cependant, contrairement à ceux d'autres pays, comme le Royaume-Uni ou l'Italie, les régimes canadien et américain en matière de concurrence et de recours collectifs comportent davantage de similitudes. De plus, bon nombre d'actions antitrust sont maintenant certifiées à titre de recours collectifs au Canada, ce qui n'est pas le cas au Royaume-Uni.

Bien que les recours collectifs ne soient pas nouveaux, que ce soit au Canada ou aux États Unis, les avocats américains jouent un rôle de plus en plus important dans ces litiges au Canada. Une récente opinion exprimée par un juge principal des requêtes à la Cour supérieure de l'Ontario donne à penser que des cabinets d'avocats américains représentant les demandeurs pourraient participer ouvertement aux recours collectifs engagés au Canada.

La question s'est posée dans le contexte d'une motion en conduite de l'instance opposant deux cabinets d'avocats qui représentent les demandeurs, Kim Orr et Siskinds LLP, dans l'affaire *Sharma c. Timminco Limited*. Les

avocats de Siskinds ont soutenu que le lien entre Kim Orr et le cabinet américain Milberg allait à l'encontre de l'attribution de la conduite de l'instance à Kim Orr. Les objections de Siskinds étaient compréhensibles. En 2005, dans *Poulin c. Ford Motors*, la Cour de l'Ontario s'était prononcée contre les demandeurs en raison de la participation des États-Unis au litige. Le juge qui a entendu la requête en certification présentée dans l'affaire Poulin a conclu que Motley Rice, cabinet d'avocats américain, avait essentiellement pris en charge tous les frais du litige et avait conclu avec son cabinet associé du Canada un accord de partage des honoraires éventuels. De l'avis de la Cour, cet arrangement allait trop loin.

Pour en arriver à cette conclusion, la Cour a révisé la décision antérieure rendue dans *Wilson c. Servier*, où des avocats américains avaient agi en qualité de consultants et facturé aux avocats canadiens le temps et les dépenses engagées pour le compte des membres du groupe et du représentant demandeur. En l'absence de données prouvant que les avocats américains avaient pris en charge les frais du litige ou s'étaient réservé un pourcentage des honoraires, la Cour a décidé que les avocats américains dans *Wilson c. Servier* agissaient comme consultants, tandis que ceux de l'affaire Poulin étaient davantage des souscripteurs aux fins du litige. La première situation était acceptable, mais non la seconde.

Dans l'affaire Timminco, Milberg semble avoir pour rôle d'aider Kim Orr au cours de l'enquête et de l'examen des documents et de lui fournir des « conseils stratégiques ».

[TRADUCTION]

Un cabinet ontarien risquerait d'être déclaré inapte à mener une instance relative à un recours collectif engagé en Ontario s'il concluait une entente dans le cadre de laquelle un cabinet américain ou tout cabinet étranger jouerait, en droit ou en fait, le rôle de l'avocat inscrit du représentant demandeur, à moins que le cabinet étranger n'ait d'abord obtenu l'autorisation d'exercer le droit en Ontario. Je ne crois pas que le cabinet Milberg LLP usurperait par son intervention le rôle de Kim Orr.

Selon les communiqués de presse, Milberg examine maintenant d'autres questions pour lesquelles il pourrait apporter son aide à Kim Orr.

L'avenir

Compte tenu de la décision rendue dans *Timminco*, il est acceptable d'obtenir des services de cabinets d'avocats étrangers, pourvu qu'il n'y ait aucune entrave à la relation entre l'avocat et le client. Nous pouvons donc nous attendre à ce que les litiges franchissent la frontière d'une façon qui favorisera les demandeurs. Les litiges déjà complexes le deviendront davantage et les frais liés à la défense des parties seront encore plus élevés.

Aux États-Unis, les recours collectifs ont été exercés sans contrainte pendant environ 40 ans avant que les tribunaux et les législateurs n'interviennent pour imposer des restrictions. Alors que certaines restrictions sont appliquées aux États-Unis, les tribunaux canadiens ont ouvert la voie aux avocats américains afin de leur permettre d'exercer des recours collectifs au Canada, ce qui n'est peut-être pas une coïncidence. Compte tenu de la relative facilité avec laquelle les recours collectifs sont certifiés au Canada et des dispositions souples applicables à la communication des documents selon les règles de procédure civile de la plupart des provinces de common law, il n'est pas étonnant que les avocats américains spécialisés en recours collectifs lorgnent du côté du Canada. Au cours de l'entrevue qu'il a accordée à *American Lawyer* en août dernier, Andrew Morganti a décrit un recours collectif dont il s'occupait :

[TRADUCTION]

Contrairement aux recours collectifs antérieurs parallèles que notre cabinet a engagés au Canada, nous nous attendons ici à ce que notre requête en certification soit signifiée bien avant celle de nos collègues américains. Il en est ainsi parce que les avocats qui représentent les demandeurs canadiens ne sont pas tenus de se conformer à toutes les exigences relatives à la communication que les avocats doivent respecter aux États-Unis avant de présenter une requête en certification.

Plus ça change, plus c'est pareil!

La présente publication est de nature informative seulement; elle ne constitue pas un avis juridique ni ne devrait être interprétée comme tel.

Gowlings est un cabinet d'avocats canadien de premier rang, offrant une vaste gamme de services destinés à aider les clients locaux et internationaux à atteindre leurs objectifs d'affaires. Forte de sa solide réputation en droit des affaires, en litige et en propriété intellectuelle, Gowlings met à profit son expertise éprouvée dans de nombreux secteurs dont les ressources naturelles, l'énergie, les infrastructures, les relations gouvernementales, les sciences de la vie, les services financiers, la technologie et les industries manufacturières. Le cabinet allie pratique conventionnelle et solutions d'affaires novatrices en vue de conférer aux entreprises un avantage concurrentiel en matière de prix de transfert et de fiscalité, et de santé et sécurité au travail. Le cabinet se distingue par un effectif national et une présence locale avec plus de 700 professionnels du droit répartis dans ses bureaux de Montréal, Ottawa, Toronto, Hamilton, la région de Waterloo, Calgary et Vancouver. En plus de répondre aux besoins en droit de la propriété intellectuelle de la Russie et de la CEI par l'intermédiaire de son bureau de Moscou, Gowlings offre son expertise en matière d'énergie, de ressources et d'infrastructures à partir de son bureau de Londres, au Royaume-Uni. Visitez-nous à gowlings.com.



Wendy J. Wagner
(613) 786-0213
wendy.wagner@gowlings.com

Négociations en vue entre le Canada et l'Union européenne

Janvier 2010

Wendy est associée au sein du groupe sectoriel Sciences de la vie et du groupe de pratique national en droit des transports de Gowlings. Elle représente des clients dans des dossiers afférents à l'ALENA, à l'OMC, à l'anti-dumping et aux droits compensatoires, aux mesures de contrôle des exportations et importations, ainsi qu'à tous les aspects liés aux douanes.

Les négociations sont bien entamées pour ce qui promet d'être l'un des plus importants accords commerciaux de l'histoire du Canada jusqu'à présent. On prévoit que ces dernières prendront fin dès 2011, et le gouvernement est désireux d'obtenir la contribution du monde des affaires canadien, et ce, avant que la rédaction de l'accord ne soit trop avancée.

L'Union européenne, qui compte parmi les deux plus importants partenaires commerciaux du Canada, constitue le plus riche et le plus important marché du monde entier. Il n'est donc pas surprenant que depuis plus de trente ans, le Canada ait manifesté son intérêt à négocier un accord de libre-échange avec cette dernière. Bien que le Canada ne représente pas un très grand marché pour les biens et services, il n'en demeure pas moins qu'il représente une importante source d'investissements directs étrangers pour son partenaire européen. En outre, un accord mené à bonne fin pourrait notamment servir de tremplin à l'Union européenne pour la négociation d'un accord de libre-échange transatlantique.

En octobre 2008, les parties ont publié une étude conjointe évaluant les effets potentiels d'un accord de

libre-échange. L'étude a relevé des secteurs de biens qui pourraient en profiter comme l'aérospatiale, les produits chimiques, les plastiques, les produits du bois, les pièces automobiles et l'agriculture, ainsi que des secteurs de services, y compris les transports, l'ingénierie et l'informatique. Elle a également souligné les occasions d'amélioration de relations accrues en matière d'investissements, de mobilité de la main-d'œuvre, de collaboration en fait de réglementation, d'environnement, de même que de science et de technologie.

Les négociations ont officiellement débuté le 6 mai 2009. Les parties se sont entendues sur les échéanciers, la structure des négociations, de même que sur les grandes lignes du texte de l'accord. Des ébauches de textes ont été échangées lors de la ronde d'octobre 2009, laquelle comprenait 21 groupes de négociations, et, pour la première fois, 60 représentants provinciaux et territoriaux. Depuis le mois de décembre, les parties ont déposé des offres et des requêtes pour des biens, des services et de l'approvisionnement.

L'aperçu des négociations laisse entrevoir un accord de libre-échange dont la portée sera beaucoup plus vaste et ambitieuse que tous les accords économiques et

commerciaux jamais négociés par les parties jusqu'à présent, y compris l'ALÉNA. D'entrée de jeu, aucune ligne tarifaire liée aux biens, ni aucun secteur ou mode d'approvisionnement relatifs aux services n'ont été exclus, et on s'attend à ce que les engagements s'étendent à tous les niveaux de gouvernement.

Les deux parties ont pour objectif d'améliorer substantiellement l'accès aux marchés publics; l'Union européenne, elle, cherche à obtenir des engagements précis des gouvernements provinciaux et territoriaux. De même, en matière d'investissements, on vise un accès accru aux marchés et une plus grande transparence de ceux-ci aux niveaux infranationaux. Les obstacles causés par des divergences réglementaires seront également traités. Les discussions relatives à l'investissement et au commerce dans le domaine des services comprendront la reconnaissance réciproque des qualifications professionnelles et la facilitation des séjours temporaires de gens d'affaires.

Le texte de tout accord commercial met en lumière les intérêts des parties et comprend une évaluation des occasions et des risques. Certains des intérêts auront une optique défensive. Par exemple, l'Union européenne cherche à éliminer les tarifs sur les produits alimentaires, les textiles et les chaussures, les petits appareils électriques et divers produits agricoles. Les fabricants canadiens de ces produits accepteront peut-être l'élimination des tarifs en retour d'un accès réciproque, mais exigeront sans doute des garanties que les produits entrant au Canada sont bel et bien faits par les pays membres de l'Union européenne et non dans un des pays émergents qui lui tiennent lieu de partenaires commerciaux. C'est au moment de la rédaction des

règles d'origine qu'il est possible d'assurer la protection de ces intérêts.

Les entreprises canadiennes ont ici une occasion d'aborder la question des obstacles réglementaires qui se dressent devant eux relativement à leur accès au marché de l'UE, comme la nouvelle réglementation REACH : enregistrement, évaluation, autorisation et restriction des produits chimiques. Des obstacles peuvent aussi se dresser relativement aux lois liées à l'emballage et à l'étiquetage, aux mesures de santé et sécurité, ainsi qu'en matière de réglementations sanitaires et phytosanitaires. Il s'agit donc d'une occasion parfaite de faire part de tout problème à cet égard; en effet, si les négociateurs ne sont pas avisés qu'un problème existe, ce dernier ne sera jamais soumis à la discussion.

Ces négociations fournissent une autre occasion précieuse d'influencer la politique gouvernementale par des moyens de pression extérieurs. L'Union européenne et le Canada se sont tous deux plaints des retards dans le traitement de soumissions relatives aux additifs alimentaires par les autorités canadiennes. L'UE est également insatisfaite du régime de protection de la propriété intellectuelle du Canada, tout comme plusieurs sociétés canadiennes, d'ailleurs. L'industrie peut se mobiliser pour promouvoir des intérêts communs par le truchement d'organisations industrielles internationales ou de sociétés mères et de filiales de sociétés locales.

Les négociateurs commerciaux canadiens ont exprimé le besoin d'un engagement accru de la part de l'industrie et craignent que cette participation ne vienne déjà trop tard pour être rapidement intégrée à la liste grandissante d'engagements. Il est grand temps que les entreprises canadiennes se fassent entendre.

La présente publication est de nature informative seulement; elle ne constitue pas un avis juridique ni ne devrait être interprétée comme tel.

Gowlings est un cabinet d'avocats canadien de premier rang, offrant une vaste gamme de services destinés à aider les clients locaux et internationaux à atteindre leurs objectifs d'affaires. Forte de sa solide réputation en droit des affaires, en litige et en propriété intellectuelle, Gowlings met à profit son expertise éprouvée dans de nombreux secteurs dont les ressources naturelles, l'énergie, les infrastructures, les relations gouvernementales, les sciences de la vie, les services financiers, la technologie et les industries manufacturières. Le cabinet allie pratique conventionnelle et solutions d'affaires novatrices en vue de conférer aux entreprises un avantage concurrentiel en matière de prix de transfert et de fiscalité, et de santé et sécurité au travail. Le cabinet se distingue par un effectif national et une présence locale avec plus de 700 professionnels du droit répartis dans ses bureaux de Montréal, Ottawa, Toronto, Hamilton, la région de Waterloo, Calgary et Vancouver. En plus de répondre aux besoins en droit de la propriété intellectuelle de la Russie et de la CEI par l'intermédiaire de son bureau de Moscou, Gowlings offre son expertise en matière d'énergie, de ressources et d'infrastructures à partir de son bureau de Londres, au Royaume-Uni. Visitez-nous à gowlings.com.



Augmentation des risques liés à la corruption

Janvier 2010

Christa C. Wessel

(416) 814-5643
christa.wessel@gowlings.com

Kristine Robidoux, c.r.

(403) 298-1817
kristine.robidoux@gowlings.com

M^e Wessel (à gauche), associée chez Gowlings, donne des conseils sur la gouvernance et la prévention de crimes économiques. Ancienne avocate principale et directrice de la gouvernance chez Siemens, elle a participé à l'établissement de son bureau de la gouvernance au Canada, ainsi qu'à la conception et à la mise en œuvre de son programme de lutte contre la corruption.

M^e Robidoux est associée du cabinet et chef du groupe Éthique des affaires et lutte contre la corruption à l'échelle internationale. Elle concentre sa pratique sur le risque des sociétés et l'intégrité en affaires, de même que la conformité, avec un intérêt particulier pour les secteurs de l'énergie et de la construction.

Les sociétés canadiennes qui font des affaires à l'international sont forcées de s'adapter à des risques financiers et d'atteinte à la réputation plus importants dans un contexte d'application des lois anti-corruption plus sévères.

Les pays industrialisés, y compris le Canada, qui veulent offrir des chances égales à leurs concurrents d'affaires, peu importe le pays d'origine de ces derniers, alimentent une campagne musclée de lutte contre la corruption. La *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers* (Canada), et autres lois similaires que l'on retrouve dans le reste du monde, en fait une offense criminelle pour toute personne ou entreprise canadienne qui effectue un paiement frauduleux à un agent gouvernemental officiel étranger en vue d'obtenir un contrat ou de faire des affaires. Alors que l'accent tend principalement à être mis sur la subornation, sur le plan international, la corruption est généralement perçue comme un abus de pouvoir à des fins personnelles et comprend souvent toute une gamme d'irrégularités telles que les conflits d'intérêts, l'extorsion, la malversation et la fraude.

Des dénonciations de plus en plus fréquentes et une attention médiatique accrue ont favorisé l'expansion du réseau d'application des lois. La collaboration internationale entre les organismes de réglementation et les autorités chargées de l'application des lois ne cesse de croître. Voici les tendances qui en ont découlé :

- 1 Les actions coercitives se terminant par l'imposition de sanctions record ont augmenté de façon significative, ainsi que les mesures de restitution de profits.
- 2 Une stratégie d'application de mesures anti-corruption a mené à un plus grand nombre de poursuites de particuliers, dont plusieurs se sont soldées par des peines d'emprisonnement.
- 3 Les mesures d'application de lutte contre la corruption ont donné lieu à des poursuites en justice entamées par des demandeurs, y compris des actionnaires, des associés en affaires et autres pouvoirs publics.
- 4 L'application accrue des mesures de lutte contre la corruption a eu pour effet de toucher d'autres domaines de l'application réglementaire comme la réglementation sur le blanchiment d'argent, le contrôle des exportations, les lois

anti-trust et autres réglementations afférentes au commerce et à l'investissement.

Les organismes de réglementation et autres autorités chargées de l'application des lois continueront d'étendre la portée des théories sur lesquelles ils peuvent s'appuyer afin que la responsabilité ne se fonde plus uniquement sur l'acte particulier de corruption, comme le fait de faire un paiement inapproprié, mais bien aussi sur la connaissance de l'irrégularité commise ou le défaut de prévenir de telles irrégularités. Un autre exemple de portée accrue des théories comprend la responsabilité absolue qui pèse sur les contrôleurs au sein des entreprises lorsque ces contrôleurs ont échoué à leur tâche de surveillance des livres et des registres des sociétés.

Les enquêtes pour corruption par les organismes de réglementation et autres autorités chargées de l'application des lois ont connu une hausse marquée au cours des dernières années. Il ressort cependant aussi que les enquêtes volontaires ont aussi augmenté. En effet, aux prises avec des allégations de corruption, les sociétés ne peuvent plus se permettre de fermer les yeux. La conduite d'enquêtes internes par les sociétés seront de plus en plus perçues comme des éléments de bonne gouvernance, que ces dernières fassent partie d'un examen régulier de l'efficacité d'un programme de gouvernance, qu'elles soient effectuées en réaction à des allégations d'inconduite ou qu'elles découlent de la participation d'un organisme de réglementation ou d'une autorité chargée de l'application des lois. Au moment d'établir des sanctions appropriées, les organismes de réglementation et autres autorités chargées de l'application des lois accorderont souvent beaucoup d'importance à la réaction d'une entreprise dans le cadre d'allégations de corruption.

Ce que cela signifie pour les entreprises : les entreprises et leurs dirigeants ont été avertis. Les investisseurs et autres intervenants les ont à l'œil en ce qui a trait à la responsabilité sociale de l'entreprise dont les efforts de lutte contre la corruption font partie intégrante. Il est clair que la responsabilité de gérer les risques liés à la

corruption incombe aux chefs d'entreprise et aux membres de conseils d'administration.

L'établissement et le maintien d'un programme efficace de lutte contre la corruption constituent un élément essentiel des efforts que fournit une société en vue de diminuer le risque d'exposition à la subornation et à la corruption. Il s'agit d'une mesure importante qui permet de mener à bien des affaires à l'étranger. Ce type de programme doit être adapté à la taille et à la structure organisationnelle de chaque société et doit veiller à inculquer une culture de lutte contre la corruption à toute l'entreprise, en s'assurant que les dirigeants de l'entreprise en donnent l'exemple. Un programme de conformité de lutte contre la corruption doit comprendre (1) la connaissance des personnes avec lesquelles vous faites des affaires avant même de vous engager avec ces dernières et avant d'engager des tiers, des consultants et des fournisseurs; (2) la mise en place d'une procédure pour relever les paiements douteux; et (3) une assurance que la vérification diligente avant acquisition comprend une vérification des risques liés à la corruption. Il faut aussi que les mesures liées à un programme de conformité à la lutte contre la corruption soient clairement communiquées aux employés et leur application, surveillée.

Les sociétés qui font des affaires à l'international doivent constituer un programme de conformité à la lutte contre la corruption efficace pour se protéger des risques liés aux comportements inappropriés d'employés. Il ne fait nul doute que les programmes de conformité à la lutte contre la corruption et les enquêtes internes sont dorénavant des outils cruciaux de gestion du risque pour les sociétés et leurs conseils d'administration.

Les scandales hautement médiatisés et les attentes envers les gouvernements en vue d'une application accrue des lois ont fait des risques liés à la corruption une réalité dorénavant incontournable. Il n'en tient qu'à vous d'inscrire la conformité à la lutte contre la corruption à l'ordre du jour de votre conseil d'administration et de l'inclure comme élément de votre plan de gestion du risque.

La présente publication est de nature informative seulement; elle ne constitue pas un avis juridique ni ne devrait être interprétée comme tel.

Gowlings est un cabinet d'avocats canadien de premier rang, offrant une vaste gamme de services destinés à aider les clients locaux et internationaux à atteindre leurs objectifs d'affaires. Forte de sa solide réputation en droit des affaires, en litige et en propriété intellectuelle, Gowlings met à profit son expertise éprouvée dans de nombreux secteurs dont les ressources naturelles, l'énergie, les infrastructures, les relations gouvernementales, les sciences de la vie, les services financiers, la technologie et les industries manufacturières. Le cabinet allie pratique conventionnelle et solutions d'affaires novatrices en vue de conférer aux entreprises un avantage concurrentiel en matière de prix de transfert et de fiscalité, et de santé et sécurité au travail. Le cabinet se distingue par un effectif national et une présence locale avec plus de 700 professionnels du droit répartis dans ses bureaux de Montréal, Ottawa, Toronto, Hamilton, la région de Waterloo, Calgary et Vancouver. En plus de répondre aux besoins en droit de la propriété intellectuelle de la Russie et de la CEI par l'intermédiaire de son bureau de Moscou, Gowlings offre son expertise en matière d'énergie, de ressources et d'infrastructures à partir de son bureau de Londres, au Royaume-Uni. Visitez-nous à gowlings.com.