



Blakes

Un guide pour mener à bien votre
opération au Canada

**Trousse relative à
la planification et à
l'examen des fusions**

Juillet 2024

Blakes s'impose

À propos de Blakes

Blake, Cassels & Graydon S.E.N.C.R.L./s.r.l. (Blakes), cabinet d'avocats par excellence en droit des affaires au Canada, offre des services juridiques exceptionnels à des entreprises qui comptent parmi les chefs de file au pays et de par le monde. Nous nous employons à tisser des liens durables avec nos clients. Pour ce faire, nous veillons à assurer un service à la clientèle hors pair et à donner des conseils juridiques de la plus haute qualité qui soit, toujours à la lumière de la conjoncture commerciale.

Table des matières

01	Introduction	06
1.1	Examen de fusion : Questions courantes	07

02	Préparation en interne	10
2.1	Planification : Importance de la préparation en interne	11

03	Vérification diligente et négociation de l'opération	12
3.1	Mécanismes communs de répartition des risques liés à la réglementation	13
3.2	Principaux points à retenir de l'étude de Blakes sur les opérations de F&A	15

04	Processus de dépôt	16
4.1	Processus d'examen et délais	17
4.2	Stratégie entourant le dépôt	18
4.3	Fonctionnement du processus de dépôt	18
4.4	Documents de planification relatifs à une opération	19

05	Anticipation	20
5.1	Rôle de la société pendant le processus d'examen d'une fusion	21
5.2	Communication avec les clients et les fournisseurs	22
5.3	Exemple d'un plan de communication avec les clients et les fournisseurs	22
5.4	Communication avec les employés : Quand et comment	22
5.5	Communication avec les actionnaires : Communiqués de presse	22
5.6	Collaborer avec des experts	23
5.7	Préparation en cas de contestation : Mesures correctives et poursuites	23

06	Défense fondée sur « l'entreprise en déconfiture »	24
6.1	Survol de la défense fondée sur « l'entreprise en déconfiture »	25

07	DRS, ordonnances en vertu de l'article 11 et preuve électronique	26
7.1	Comment le Bureau peut-il obtenir des renseignements de façon officielle?	27
7.2	Éléments fondamentaux des demandes de renseignements supplémentaires	28
7.3	Qu'est-ce que deSource de Blakes?	31

08	Loi sur Investissement Canada	32
8.1	Questions fréquemment posées	33
8.2	Seuils financiers et de contrôle	34
8.3	Délais associés aux examens relatifs à l'avantage net et à la sécurité nationale du Canada	36

09	Conclusion	37
-----------	-------------------	-----------

	Personnes-ressources	38
--	-----------------------------	-----------

TROUSSE RELATIVE À LA PLANIFICATION ET À L'EXAMEN DES FUSIONS

**Vous aider à maîtriser les
complexités des examens de fusions**



Introduction

Nous avons préparé la présente **Trousse relative à la planification et à l'examen des fusions** (la « Trousse ») afin de vous guider dans le processus d'examen des fusions au Canada. Divers organismes gouvernementaux, dont le Bureau de la concurrence du Canada et Investissement Canada, ont le pouvoir d'examiner, de contester ou de bloquer une fusion. Il est donc essentiel de bien comprendre le processus d'examen des fusions au Canada pour vous assurer de mener à bien votre opération, et Blakes peut vous accompagner à chaque étape.

Dans la présente Trousse, nous répondons d'abord à certaines des questions les plus courantes sur le processus d'examen des fusions, y compris sur les circonstances dans lesquelles une opération doit faire l'objet d'un avis auprès du Bureau de la concurrence ou d'Investissement Canada avant sa clôture.

Nous prodiguons ensuite des conseils sur la préparation à laquelle devrait s'atteler votre société en interne, certaines activités devant avoir lieu avant l'annonce d'une opération, comme la vérification diligente, la négociation de l'opération et la répartition des risques au moment de structurer celle-ci. Puis, nous explorons le processus de dépôt officiel.

Enfin, nous vous aiguillons sur la façon de répondre aux demandes de renseignements du gouvernement ainsi que sur l'utilisation efficace des outils technologiques pouvant vous aider à répondre à ces demandes. Nous traitons entre autres de la défense fondée sur « l'entreprise en déconfiture », que vous pourriez faire valoir aux fins d'approbation de votre opération, si certains critères sont satisfaits.

Blakes est fier de mettre au point des solutions créatives et optimales, adaptées aux besoins d'affaires de ses clients ainsi qu'à l'échéancier fixé par ces derniers.

Navin Joneja
Associé et cochef de groupe

Julie Soloway
Associée et cochef de groupe

1.1 Examen de fusion : Questions courantes

Qui examine les fusions au Canada?

Le commissaire de la concurrence (le « commissaire ») et le personnel du Bureau de la concurrence (le « Bureau ») peuvent examiner toutes les fusions au Canada, peu importe que celles-ci doivent faire l'objet d'un avis ou non. Le ministre fédéral de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie ou le ministre du Patrimoine canadien peut examiner certaines fusions auxquelles participent des investisseurs étrangers, et le ministre fédéral des Transports peut examiner certaines fusions auxquelles participent des sociétés de transport. Il peut également arriver que des organismes de réglementation fédéraux ou provinciaux examinent des fusions qui touchent des secteurs d'activités en particulier, comme les banques, les télécommunications, la radiodiffusion, la défense et l'énergie. Dans la présente Trousse, nous nous intéressons au processus d'examen des fusions réalisé d'ordinaire au Canada, soit celui mené par le Bureau et qui relève du régime canadien d'investissement étranger. Nous n'abordons donc pas les examens effectués par le ministre des Transports ou d'autres organismes de réglementation sectoriels à l'occasion.

Dans quelles circonstances une fusion doit-elle faire l'objet d'un avis auprès du Bureau?

Les parties à un projet de fusion qui dépasse certains seuils monétaires et de contrôle ne peuvent réaliser l'opération envisagée avant d'avoir présenté un avis au Bureau et d'avoir reçu l'autorisation requise, soit par la délivrance d'un certificat de décision préalable (un « CDP »), soit en raison de l'expiration ou de l'inapplication des délais applicables. Voici un aperçu des seuils en question :

- les parties à l'opération, ainsi que leurs affiliées, doivent avoir des éléments d'actif au Canada ou des revenus bruts provenant de ventes au Canada, en direction du Canada ou en provenance du Canada de plus de 400 M\$ CA;
- la valeur comptable des éléments d'actif au Canada qui sont acquis, ou les revenus bruts annuels provenant de ventes au Canada, en provenance du Canada ou vers le Canada pour l'ensemble des éléments d'actif et des entités qui sont acquis, doit s'élever à plus de 93 M\$ CA (rajustés annuellement).

Il convient de souligner qu'un avis n'est requis que lorsqu'une opération est structurée d'une manière visée par la *Loi sur la concurrence* (p. ex., une acquisition d'actions ou d'éléments d'actif, une fusion, etc.). Lorsque la structure de l'opération

n'est pas expressément visée par la *Loi sur la concurrence*, il n'est pas nécessaire de remettre un avis. Cela dit, dans le cadre de modifications introduites en 2022, une nouvelle règle anti-évitement exige désormais la remise d'un avis lorsqu'une opération a été conçue dans le but de se soustraire à l'obligation de présenter un avis.

Existe-t-il des exceptions?

Les règles relatives à la présentation d'un avis peuvent représenter un défi technique. Elles comportent par ailleurs certaines exceptions. Il est important de consulter un conseiller juridique pour s'assurer de comprendre ces règles, particulièrement lorsque l'opération envisagée est une cointreprise ou une acquisition de biens immobiliers.

Quels sont les délais prévus dans la *Loi sur la concurrence* pour ce qui est des examens de fusions?

Un délai de 30 jours, à compter de la date à laquelle les parties à la fusion soumettent un formulaire de préavis auprès du Bureau, doit s'écouler avant que l'opération puisse être conclue. Si le commissaire présente une demande de renseignements supplémentaires (une « DRS »), un délai supplémentaire de 30 jours commence à courir après que les parties à la fusion se sont conformées à la demande. Une fois le délai applicable expiré, les parties peuvent clore l'opération, à moins qu'une injonction ne soit prononcée ou que d'autres conditions contractuelles ne doivent être remplies.

Combien de temps faut-il habituellement pour réaliser un examen de fusion en vertu de la *Loi sur la concurrence*?

Tout dépend de la complexité des questions soulevées par la fusion. Par exemple, au cours de l'exercice financier 2023-2024 du Bureau, celui-ci a réalisé 190 examens de fusions, dont :

- 124 cas non complexes pour lesquels, en moyenne, neuf jours ont été nécessaires;
- 66 cas complexes pour lesquels, en moyenne, 36 jours ont été nécessaires.

Si une fusion fait l'objet d'un examen et qu'une demande de renseignements supplémentaires (« DRS ») est présentée (huit cas en 2023-2024), le délai est considérablement prolongé.

Quelle est la probabilité que le Bureau entreprenne un examen approfondi?

Tout dépend des préoccupations en matière de concurrence soulevées par l'opération proposée, lesquelles sont considérablement accrues lorsque les parties à la fusion auraient une part de marché combinée de plus de 30 % dans tout marché pertinent après la réalisation de l'opération proposée ou lorsque le seuil relatif aux présomptions structurelles réfutables applicables aux fusions est atteint.

Le seuil relatif aux présomptions structurelles réfutables est atteint lorsque la fusion donne lieu à une augmentation de l'« indice de concentration » (lequel indice est défini comme étant la somme des carrés des parts du marché de l'ensemble des participants à ce dernier) de plus de 100 points et lorsque (i) l'indice de concentration est ou risque d'être supérieur à 1 800 points après la fusion; ou (ii) la part du marché combinée des parties à la fusion est ou risque d'être supérieure à 30 %. Lorsque ce seuil est atteint, il incombe aux parties à la fusion de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la fusion n'empêchera pas ou ne diminuera pas sensiblement la concurrence.

Lorsqu'une opération est susceptible de soulever des préoccupations en matière de concurrence, ou lorsque le seuil relatif aux présomptions structurelles réfutables est atteint, le Bureau émettra vraisemblablement une DRS.

Quelle garantie puis-je avoir que ma fusion ne sera pas contestée par le Bureau?

Lorsqu'une opération fait l'objet d'un avis, le Bureau peut fournir une autorisation sous l'une des deux formes suivantes :

- un CDP, lequel empêche le commissaire de présenter une demande au Tribunal de la concurrence relativement à l'opération proposée si la clôture a lieu dans l'année suivant la réception de l'avis. Dans la réalité, seuls les cas les moins complexes reçoivent un CDP;
- une lettre de non-intervention (une « LNI »), laquelle indique que le commissaire n'a pas l'intention, à ce moment-là, de présenter une demande au Tribunal de la concurrence relativement à l'opération proposée, bien qu'il conserve le pouvoir discrétionnaire de le faire pendant l'année qui suit la clôture. Dans la réalité, la contestation d'une fusion après la clôture de cette dernière, alors qu'une LNI avait été remise, est rare.

Si une opération ne doit pas faire l'objet d'un préavis de fusion, les parties à la fusion peuvent tout de même demander un

CDP auprès du Bureau, afin d'obtenir auprès de ce dernier une certaine assurance. Si le Bureau émet un CDP ou une LNI, les parties obtiennent alors l'assurance susmentionnée. De plus, même si le Bureau n'émet pas un CDP ou une LNI, le fait de demander un CDP fait en sorte que les parties à la fusion bénéficient d'un délai plus court durant lequel le Bureau peut contester la fusion, c'est-à-dire un an après la clôture plutôt que trois ans.

La fusion peut-elle être bloquée ou restructurée?

Oui. En vertu de la *Loi sur la concurrence*, le Tribunal de la concurrence (le « Tribunal »), qui est spécialisé en droit de la concurrence, peut bloquer temporairement une opération sur présentation, par le commissaire, d'une demande visant à obtenir une ordonnance auprès du Tribunal lui octroyant plus de temps pour examiner la fusion en question, ou à obtenir une injonction provisoire en attendant la contestation sur le fond de la fusion. L'interdiction de la clôture de l'opération demeurera en vigueur jusqu'à ce que le Tribunal ait traité la demande du commissaire pour obtenir plus de temps ou une injonction. Le Tribunal peut temporairement bloquer ou restructurer une opération en attendant un procès, ou bloquer une opération de façon permanente après un procès complet. Pour prendre une mesure corrective permanente, le Tribunal doit conclure que la fusion « empêcherait ou diminuerait sensiblement la concurrence » dans un ou plusieurs marchés pertinents. Dans les cas où le seuil relatif aux présomptions structurelles réfutables est atteint, le Tribunal doit également arriver à la même conclusion pour prendre une mesure corrective permanente, à moins que les parties à la fusion ne soient en mesure de démontrer le contraire, selon la prépondérance des probabilités.

Comment le commissaire détermine-t-il si une fusion est susceptible d'empêcher ou de diminuer la concurrence?

Pour évaluer si une fusion « empêche ou diminue sensiblement la concurrence », le commissaire tient compte de plusieurs facteurs :

- la mesure dans laquelle des produits ou des concurrents étrangers assurent ou assureront vraisemblablement une concurrence réelle aux entreprises des parties à la fusion;
- la déconfiture, ou la déconfiture vraisemblable de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise d'une partie à la fusion;
- la mesure dans laquelle sont ou seront vraisemblablement

disponibles des produits pouvant servir de substituts acceptables à ceux fournis par les parties à la fusion;

- toute entrave à l'accès à un marché (existante ou résultant de la fusion);
- la mesure dans laquelle il y a ou il y aurait encore de la concurrence réelle dans un marché qui est ou serait touché par la fusion;
- la possibilité que la fusion entraîne ou puisse entraîner la disparition d'un concurrent dynamique et efficace;
- la nature et la portée des changements et des innovations sur un marché pertinent;
- les effets de réseau dans un marché;
- le fait que la fusion contribuerait au renforcement de la position sur le marché des principales entreprises en place;
- tout effet de la fusion sur la concurrence hors prix ou par les prix, notamment la qualité, le choix ou la vie privée des consommateurs;
- tout autre facteur pertinent à la concurrence dans un marché qui est ou serait touché par la fusion;
- tout changement à la concentration du marché ou à la part du marché que la fusion ou la fusion proposée a entraîné ou serait susceptible d'entraîner;
- toute possibilité que la fusion ou la fusion proposée donne lieu ou puisse donner lieu à une collaboration expresse ou tacite entre concurrents dans un marché.

Quels sont les frais de dépôt?

Les frais de dépôt sont actuellement de 86 358,76 \$ CA (indexés annuellement).

Quel est le rôle des conseillers juridiques internes pendant le processus d'examen des fusions?

Les conseillers juridiques internes jouent un rôle essentiel au cours du processus d'examen des fusions en élaborant la stratégie juridique qui sera mise en œuvre dans le but de faire approuver la fusion, en veillant à la coordination avec les équipes commerciales pour recueillir des éléments de preuve pertinents à un examen, en participant à des réunions et à des appels téléphoniques avec les organismes gouvernementaux ainsi qu'en formulant des commentaires sur les documents soumis, dont le plaidoyer.

Communiquera-t-on avec les clients ou les fournisseurs de ma société?

Oui, les documents d'avis déposés auprès du Bureau exigent que les parties à la fusion fournissent les noms et les coordonnées de leurs 20 clients et fournisseurs les plus importants pour chaque catégorie principale de produits. Le Bureau communiquera habituellement avec ces clients et fournisseurs pour savoir s'ils ont des préoccupations au sujet de la fusion proposée. Les parties à la fusion avisent souvent leurs clients et fournisseurs de la possibilité que le Bureau communique avec eux.

Les documents de ma société feront-ils l'objet d'un ordre de dépôt devant le tribunal?

Peut-être. S'il le juge nécessaire, le Bureau peut demander la remise volontaire de certains documents, présenter une DRS ou obtenir une ordonnance d'un tribunal (en vertu de l'article 11) exigeant un grand nombre de documents, de données et d'autres renseignements. Cette mesure peut être utile pour déterminer si une fusion empêcherait ou diminuerait sensiblement la concurrence. Blakes peut aider les parties à se conformer à de telles demandes.

Devrai-je prendre des engagements afin que l'opération puisse être menée à bien?

Si le commissaire relève des préoccupations en matière de concurrence dans le cadre de l'examen d'une fusion, il peut demander aux parties à la fusion de se départir de certains éléments d'actif ou de conclure des engagements contractuels comme condition à l'octroi de l'autorisation.

Comment Blakes peut-il m'accompagner?

Nous pouvons vous accompagner à toutes les étapes de l'examen des fusions et devant tous les organismes gouvernementaux pertinents. Au cours des étapes de planification, nous pouvons évaluer le risque d'un examen prolongé ainsi que la possibilité que des mesures correctives soient exigées, notamment des dessaisissements. Avant la signature, nous pouvons négocier des dispositions de la convention d'opération qui répartissent les risques liés à la réglementation entre les parties à la fusion. Nous pouvons préparer les documents requis, rédiger des mémoires et plaider en faveur de l'opération proposée auprès du Bureau et de tout autre organisme de réglementation pertinent. Nous pouvons également vous appuyer dans le cadre de la négociation de mesures correctives, au besoin, ou nous adresser au Tribunal si le Bureau décide de s'opposer à une opération.

Obtenez une vue d'ensemble.

Pour demander la version intégrale de la Trousse, communiquez avec hannah.campagne@blakes.com.