

ALERTE SANCTIONS – NOUVELLES SANCTIONS IMPOSÉES PAR LE CANADA CONTRE LE BÉLARUS

Publié le 30 septembre, 2020

Catégories: [Centre de ressources liées à la COVID-19](#), [Publications sur la COVID-19](#), [Perspectives](#), [Publications](#)

La pandémie du nouveau coronavirus (COVID-19) a suscité de nombreux défis imprévus pour les entreprises canadiennes qui s'efforcent de s'adapter à l'impact de la COVID-19 sur leurs activités. Il n'est donc pas surprenant que les marchés des fusions et acquisitions aient été fortement perturbés, car des transactions ont été suspendues ou abandonnées en raison de cette incertitude, et beaucoup moins de nouvelles transactions ont été proposées. Les évaluations sont incertaines, et le financement peut être difficile à obtenir.

Pour les acheteurs et les vendeurs qui ont l'intention de mener à bien leurs transactions annoncées avant la pandémie ou qui recherchent de nouvelles occasions d'affaires en ces temps incertains, la réalité de la COVID-19 a introduit de nouvelles considérations pour la clôture de la transaction. Nous prévoyons que ces facteurs (et d'autres) liés à la COVID-19 continueront à avoir une incidence importante dans un proche avenir. Les principales considérations sont abordées ci-dessous.

1. Vérification diligente : elle prend plus de temps, et les questions nouvelles (et en évolution) sont prioritaires

La COVID-19 a eu de nombreuses répercussions sur la vérification diligente d'une transaction.

Tout d'abord, les parties doivent s'attendre à ce que la vérification diligente prenne plus de temps que ce qui était « normal » avant le printemps 2020. Alors que la disponibilité des salles de données et des fichiers électroniques en ligne signifie qu'il y a eu peu d'impact immédiat sur la vérification diligente juridique, la vérification diligente de l'entreprise qui est généralement effectuée peut être considérablement retardée ou interrompue en raison de mesures gouvernementales telles que les fermetures forcées d'entreprises, les restrictions sur les interactions en personne, les restrictions sur les voyages internationaux ou provinciaux, ou d'autres contraintes sur les activités d'une société cible. Ces mesures pourraient avoir un impact important si des visites de sites ou des inspections spécialisées sont nécessaires dans le cadre du processus de vérification diligente.

Par exemple, les évaluations environnementales qui peuvent nécessiter le déplacement d'experts et la réalisation d'essais sur site peuvent prendre plus de temps que les délais normaux en raison des restrictions

liées à la COVID-19. Le processus et le calendrier peuvent être encore plus compliqués si les personnes ou les services concernés sont situés dans des territoires différents soumis à des restrictions de santé publique différentes. À cette fin, les parties peuvent vouloir préciser les exigences de vérification diligente et les délais nécessaires dans leur lettre d'intention ou un document similaire dès le début du processus. Les parties doivent également se demander si les modalités contractuelles concernant les périodes d'exclusivité et les ententes de non-divulgaration sont toujours appropriées ou si elles doivent être adaptées lorsque la vérification diligente prendra probablement plus de temps, ce qui ralentira les transactions.

Outre le fait que la vérification diligente prend plus de temps, certains aspects d'une entreprise sont plus importants à examiner dans un contexte de COVID-19. Si les questions relatives aux fournisseurs, aux clients et aux employés ont toujours été des domaines clés de la vérification diligente, elles pourraient nécessiter un examen plus approfondi en ces temps exceptionnels. Ainsi, on pourrait devoir évaluer non seulement la viabilité continue des relations contractuelles avec les fournisseurs et les clients essentiels, mais également celle des fournisseurs et des clients eux-mêmes. De même, certains acheteurs peuvent souhaiter examiner de plus près les pratiques et politiques sur le lieu de travail d'une société cible pour s'assurer qu'elles ne violent pas les exigences de santé publique d'une manière qui pourrait déclencher des sanctions ou susciter des inquiétudes chez les employés quant à la sécurité des conditions de travail.

Les technologies de l'information peuvent constituer un autre sujet d'intérêt accru, en particulier lorsque les sociétés cibles ou leurs clients exercent leurs activités dans des secteurs réglementés ayant des exigences particulières en matière de sécurité des données. Dans de telles circonstances, une vérification diligente peut être nécessaire pour déterminer si l'infrastructure informatique actuelle et les accords de travail à domicile d'une société cible sont susceptibles de compromettre les obligations qui lui incombent en matière de cybersécurité ou de l'empêcher de se conformer aux modalités de ses accords commerciaux avec des tiers.

Aujourd'hui plus que jamais, on doit s'assurer que les acheteurs examinent également de près l'efficacité du plan de continuité des activités d'une société cible et sa réponse à la pandémie de COVID-19. Cet examen devrait englober la réponse actuelle de la société cible à la pandémie et tout plan prévisionnel. La manière dont la société cible a surmonté la crise actuelle peut mettre en évidence les forces et les faiblesses dans la planification de la poursuite des activités et de la direction. Par exemple, une vérification diligente à cet égard peut révéler une responsabilité éventuelle de la société cible liée aux licenciements collectifs qu'elle a effectués comme mesure d'urgence en réaction à la pandémie ou sa capacité (ou son incapacité) à réagir avec efficacité à une seconde vague d'infections liées à la COVID-19.

Les acheteurs qui cherchent à utiliser l'assurance des déclarations et des garanties (« **ADG** ») doivent aussi vérifier si leurs assureurs ont des attentes particulières en matière de diligence raisonnable à l'ère de la COVID-19. Pour les transactions de type « sign-then-close » qui sont déjà dans la période intérimaire, les

fournisseurs d'ADG s'attendent probablement à ce que les acquéreurs effectuent une vérification diligente continue au sujet de l'impact de la COVID-19 sur les activités de la société cible et posent des questions plus détaillées dans le cadre des appels avec la haute direction de la société ciblée de confirmation de sa situation (« bring-down calls ») avant la clôture.

Les fournisseurs d'ADG sont encore en phase d'ajustement à l'égard des risques que pose la COVID-19. Jusqu'à présent, ils ont proposé de manière générale des exclusions larges liées à la COVID-19 pour les polices d'ADG. Par conséquent, nous n'avons pas constaté d'augmentation des prix proposés pour ces polices, mais les exclusions de ce genre ne font qu'illustrer davantage l'importance que les acquéreurs doivent attacher au repérage des risques, à leur évaluation et à leur prise en compte. Nous nous attendons à ce que les assureurs aient de plus en plus tendance à revoir au cas par cas la couverture des risques liés à la COVID-19 pour les transactions, en tenant compte des faits et circonstances propres à chaque société cible et à la transaction en particulier.

2. L'évaluation de la société cible est plus incertaine, ce qui complique les négociations du prix d'achat

L'incertitude qu'a fait naître la COVID-19 est source de défis uniques pour l'évaluation des sociétés cibles. Le BAIIA historique qui est souvent utilisé dans l'évaluation de sociétés fermées et les rajustements du prix d'achat post-clôture en fonction du fonds de roulement net à la date de clôture pourraient ne pas être des outils très utiles pour l'évaluation d'une société cible dans les circonstances actuelles. En effet, les acheteurs et les vendeurs pourraient avoir de la difficulté à déterminer si le rendement financier passé est une mesure adéquate de la valeur actuelle et future de la société cible.

Pour la gestion de ces risques entre les parties, nous avons constaté dans le cadre de transactions récentes que les acheteurs et les vendeurs avaient de plus en plus tendance à recourir à des mécanismes tels que les clauses d'indexation sur les bénéfices futurs ou de contrepartie reportée. Ces mécanismes n'ont pas à être liés nécessairement à des cibles traditionnelles comme les revenus ou même les profits. Par exemple, une clause d'indexation pourrait être liée au retour par la société cible à des niveaux de fonds de roulement normalisés dans un délai donné. Les indemnités constituent un autre mécanisme que l'on peut utiliser pour traiter les incertitudes en matière d'établissement du prix entourant la capacité d'une entreprise à reprendre son exploitation normale ou à la maintenir. Par exemple, une indemnité particulière liée à la perte potentielle d'un client ou d'un fournisseur important en raison de la COVID-19 peut être mise en place. Pour plus de sécurité, cette indemnité pourrait même être « garantie » par des fonds en mains tierces.

Des solutions autres que les paiements en espèces peuvent aussi être appropriées et servir à obtenir un consensus propice à la réalisation de la transaction. L'utilisation des actions de l'acheteur comme contrepartie

peut aussi permettre aux parties de conclure une entente sur le prix, en particulier si l'acheteur et la société cible sont des sociétés de taille similaire et/ou qu'elles exercent leurs activités dans des secteurs semblables. Toutefois, nous notons que cette option pourrait soulever des questions en matière de droit des valeurs mobilières et des enjeux de liquidité pour les vendeurs après la clôture.

3. Modalités de la transaction : elles évoluent pour répondre aux risques liés à la COVID-19 et les atténuer

a. Déclarations et garanties

Étant donné les mesures que les gouvernements ont prises pour limiter la propagation de la COVID-19, de nombreuses entreprises canadiennes ont été forcées de fermer ou de réduire de manière importante leurs activités commerciales pendant de nombreux mois. Alors que les provinces mettent à exécution leurs plans de réouverture progressive, les entreprises doivent continuer de porter une attention particulière aux clauses de force majeure dans leurs contrats commerciaux. Si les cocontractants n'ont pas déjà fait jouer ces modalités, la persistance de la pandémie et l'éventualité d'une évolution rapide de la réglementation pourraient autoriser un client ou un fournisseur important à invoquer son droit de résiliation prévu au contrat conclu avec la société cible. La fin éventuelle de relations avec des fournisseurs et des clients peut être une source de risques importants pour les parties à une transaction de fusion et acquisition, quelle que soit l'étape où elle en est. Les vendeurs devraient consulter leurs conseillers juridiques pour déterminer l'incidence éventuelle des cas de force majeure liés à la COVID-19 sur les déclarations et garanties (ou la violation de celles-ci) dans les conventions d'achat, en ce qui a trait aux clients et aux fournisseurs.

Comme les acheteurs s'en remettent traditionnellement aux déclarations et garanties comme filet de sécurité par rapport à leur vérification diligente, ils doivent eux aussi porter une attention particulière à ces modalités. Les changements liés à la COVID-19 durant la période intérimaire pourraient faire évoluer de manière importante les faits sous-jacents à la vérification diligente qu'ils ont effectuée et pourraient avoir une incidence importante sur leur évaluation des risques liés à une société cible. Les acheteurs devraient consulter leurs conseillers juridiques sur les incidences éventuelles des différents changements et leurs droits et recours à l'égard des déclarations et garanties figurant dans la convention d'achat.

La priorité des acheteurs et vendeurs devrait être les fournisseurs, les clients et les questions particulières touchant la chaîne d'approvisionnement (p. ex. ruptures de stock). Les vendeurs pourraient vouloir tenter de restreindre la portée des déclarations larges touchant la situation de leurs clients et fournisseurs et limiter leur divulgation à l'information sur les clients ou les fournisseurs qui ont remis un avis de résiliation fondé sur une incapacité d'exécution des obligations contractuelles. En revanche, les acheteurs pourraient être tentés d'élargir les déclarations touchant les clients et les fournisseurs, y compris l'information sur les clients ou les

fournisseurs qui ont remis un avis de résiliation fondé sur un cas de force majeure lié à la COVID-19.

On doit aussi tenir compte de l'incidence de la COVID-19 sur d'autres déclarations et garanties typiques comme les questions de relations de travail et d'emploi (p. ex. mises à pied et réclamations éventuelles en matière de santé et sécurité liées à la COVID-19); conformité aux lois dans un environnement de réglementation en rapide évolution et conséquences financières particulières de la COVID-19 sur les comptes clients et les mauvaises créances de la société cible.

b) Engagements

Les engagements « typiques » à l'égard de la période intérimaire obligent les sociétés cibles à exploiter leur entreprise entre la signature et la clôture d'une manière qui est conforme sur les plans de la nature, de la portée et de l'ampleur aux pratiques passées de la société – ou d'une société qui exerce ses activités dans le même secteur que la société cible – mais à l'ère de la COVID-19, il est difficile pour une entreprise d'exploiter son entreprise de façon normale pour de nombreuses raisons.

Pendant la phase intérimaire, les acheteurs et les vendeurs devraient tenir des discussions franches et soutenues sur les mesures d'atténuation des risques et autres mesures nécessaires pour assurer un cours des activités commerciales aussi normal que possible. En ce qui concerne les transactions conclues durant la pandémie, l'incidence de cette dernière doit être prise en compte, car elle touche l'indicateur de référence « cours ordinaire » des activités à la date de la signature de la convention de fusion et acquisition. Même si les acheteurs veulent s'assurer que ce qu'ils acquièrent à la clôture correspond à ce sur quoi ils ont négocié, les vendeurs sont (et demeureront) aux prises avec des défis uniques dans les circonstances actuelles, car les décrets gouvernementaux et la pandémie elle-même pourraient les forcer à prendre des mesures radicales pour sauver leur entreprise, comme des prélèvements inhabituellement élevés sur leurs marges de crédit d'exploitation ou le maintien des mises à pied à long terme.

Trois ans après avoir levé les sanctions économiques qu'il avait prises contre le Bélarus, le Canada a annoncé le 29 septembre 2020 qu'il imposait de nouvelles sanctions économiques plus ciblées contre les hauts fonctionnaires du gouvernement du Bélarus. Ces sanctions s'inscrivent dans la foulée des élections présidentielles controversées et contestées du 9 août 2020, à l'issue desquelles Alexandre Loukachenko affirme avoir été réélu avec plus de 80 % des voix. Le gouvernement du Canada estime que ces sanctions sont justifiées en raison de la répression brutale des manifestations publiques de masse organisées depuis par les forces d'opposition bélarusses, qui ont été le théâtre de violations flagrantes et systématiques des droits de la personne. Alors que les États-Unis et l'Union européenne débattent publiquement des sanctions à prendre contre le Bélarus à la suite des élections frauduleuses qui s'y sont tenues, le Canada et le Royaume-Uni sont les premiers pays à prendre des mesures concrètes contre M. Loukachenko et son gouvernement, qui est au

pouvoir depuis 1994.

Différences entre les approches canadienne et britannique

Malgré les grandes similitudes entre les mesures imposées par le Royaume-Uni et par le Canada, il existe quelques différences notables. Alors que le Royaume-Uni a décidé d'adopter le *Global Human Rights Sanctions Regulations 2020* [1], un règlement de type « loi Magnitsky » qui a été pris en application de la *Sanctions and Anti-Money Laundering Act of 2018*, Affaires mondiales Canada (**AMC**) a décidé d'introduire les présentes sanctions en vertu de la *Loi sur les mesures économiques spéciales (LMECP)* [2]. On ignore pourquoi le Canada ne s'est pas plutôt prévalu de la *Loi sur la justice pour les victimes de dirigeants étrangers corrompus (loi de Sergueï Magnitsky)*, qui avait été adoptée en 2017 pour répondre à de telles violations flagrantes de droits de la personne reconnus à l'échelle internationale. Par ailleurs, le nombre de hauts fonctionnaires ajoutés à la liste par le Canada s'élève à onze, dont M. Loukachenko et son fils, alors que le Royaume-Uni n'a inscrit que huit personnes. Malgré les nombreux points communs entre les règlements canadiens et britanniques, quatre des personnes sanctionnées par le Canada ne figurent pas sur la liste du Royaume-Uni, tandis qu'une des personnes faisant l'objet de sanctions de la part du Royaume-Uni n'est pas visée par le Canada.

Sanctions antérieures imposées en vertu de la Liste des pays visés

Les nouvelles mesures prises contre le Bélarus sont beaucoup moins restrictives que celles qui avaient été prises par le Canada en vertu de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation (LLEI)* [3]. Entre 2006 et 2017, AMC a inscrit le Bélarus, aux côtés de la Corée du Nord, sur la *Liste des pays visés (LPV)* de la LLEI. Cette mesure obligeait tout exportateur canadien à demander une licence avant de pouvoir exporter ou transférer des biens ou des technologies vers le Bélarus. Bien que ces mesures aient été assouplies le 13 mai 2016 [4] à la suite d'un rapprochement avec le gouvernement bélarusse, AMC a refusé systématiquement les demandes de licences d'exportation pour toute marchandise ou technologie destinée au Bélarus pendant les dix années précédentes. Ces restrictions commerciales étaient considérées à l'époque comme comptant parmi les mesures les plus sévères prises contre le Bélarus par un pays occidental.

Interdictions visant certaines opérations et exigences supplémentaires

À l'instar des interdictions prévues par d'autres règlements pris en application de la LLEI, les nouvelles mesures prises contre le Bélarus visent certaines personnes en interdisant, sous réserve de certaines exceptions, à toute personne au Canada ou à tout Canadien se trouvant à l'étranger :

- d'effectuer une opération portant sur un bien appartenant à une personne dont le nom figure sur la liste ou à une personne agissant pour son compte;

- de conclure une transaction liée à une opération portant sur ces biens ou d'en faciliter la conclusion;
- de fournir des services financiers ou connexes à l'égard des biens en question;
- de mettre toute marchandise à la disposition d'une personne dont le nom figure sur la liste ou d'une personne agissant pour son compte;
- de fournir des services financiers ou connexes à une personne dont le nom figure sur la liste ou à son bénéficiaire.

En outre, le règlement impose des obligations de vérification des sanctions à une liste d'entités énumérées, dont les banques, les compagnies d'assurance, les sociétés de fiducie et les sociétés de prêt réglementées. Il oblige par ailleurs toute personne se trouvant au Canada et tout Canadien se trouvant à l'étranger qui croit que des biens qui sont en sa possession ou sous son contrôle appartiennent à une personne dont le nom figure sur la liste où sont détenus ou contrôlés par elle ou pour son compte à le signaler à la GRC ou au SCRS.

Enfin, les personnes visées par le Règlement sur les mesures économiques spéciales visant le Bélarus sont également interdites de territoire au Canada en application de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

AMC ne prévoit pas de coûts importants ou de pertes d'occasion notables

Dans son étude d'impact de la réglementation [5], AMC ne prévoit pas que ces sanctions entraîneront des coûts importants liés à la perte d'occasions pour les entreprises canadiennes. Même si les banques et les institutions financières canadiennes seront tenues d'ajouter la nouvelle liste de sanctions prises contre le Bélarus à leurs systèmes de surveillance, les petites entreprises ne devraient pas subir de pertes importantes d'occasions de commerce et d'investissement, puisqu'elles n'ont pas de relations d'affaires avec les onze hauts fonctionnaires ajoutés sur la liste. AMC a toutefois annoncé qu'il avait entrepris de sensibiliser davantage les parties prenantes et qu'il fournira des renseignements supplémentaires sur son site Web et mettra en place une ligne d'assistance téléphonique sur les sanctions. Le groupe du commerce international de McMillan continuera à surveiller toute modification de ce programme de sanctions et peut fournir des conseils stratégiques aux entreprises canadiennes qui ont des relations d'affaires avec le Bélarus.

par Jamie Wilks et Chris Scheitterlein

[1] *The Global Human Rights Sanctions Regulations 2020*, UK Statutory Instruments, 29 septembre 2020; consultable en ligne à l'adresse suivante : [Gouvernement du Royaume-Uni](#).

[2] *Règlement sur les mesures économiques spéciales visant le Bélarus*, 29 septembre 2020; consultable en ligne à l'adresse suivante : [Affaires mondiales Canada](#).

[3] La *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* peut être consultée à l'adresse suivante : [Ministère de la Justice](#).

[4] Exportations vers le Bélarus d'articles apparaissant sur la Liste des marchandises d'exportation contrôlée, Affaires mondiales Canada, 13 mai 2016; consultable en ligne à l'adresse suivante : [Affaires mondiales Canada](#).

[5] Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, *Règlement sur les mesures économiques spéciales visant le Bélarus*, 29 septembre 2020; consultable en ligne à l'adresse suivante : [Affaires mondiales Canada](#).

Mise en garde

Le contenu du présent document ne fournit qu'un aperçu du sujet et ne saurait en aucun cas être interprété comme des conseils juridiques. Le lecteur ne doit pas se fonder uniquement sur ce document pour prendre une décision, mais devrait plutôt consulter ses propres conseillers juridiques.

© McMillan S.E.N.C.R.L., s.r.l. 2020