

CRÉER DES POSSIBILITÉS EN CES TEMPS DIFFICILES : LES DISPOSITIONS DE LA *LOI SUR LA CONCURRENCE CANADIENNE* RELATIVES AUX ENTREPRISES EN DÉCONFITURE

Publié le 30 mars, 2020

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

Même s'il est impossible de prendre la pleine mesure de l'impact économique qu'aura l'actuelle pandémie de COVID-19, et de l'arrêt d'une grande partie des économies canadienne et mondiale qu'elle va entraîner, il est clair que la situation est grave. Malheureusement, certaines entreprises vont connaître des problèmes, et certaines ne survivront pas. Par contre, d'autres entreprises, qui sont peut-être mieux capitalisées ou dont la situation est plus avantageuse, vont probablement chercher à saisir des occasions de faire des acquisitions dans un proche avenir. Elles pourront par exemple acquérir un concurrent ou d'autres entreprises, ce qui pourrait avoir une incidence sur la concurrence. Dans pareilles circonstances, il est important de comprendre les dispositions pertinentes du droit de la concurrence canadien.

Les dispositions de la *Loi de la concurrence* [\[1\]](#) canadienne en matière de fusions autorisent le commissaire de la concurrence à contester une fusion réalisée ou proposée qui empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet. Il n'existe aucune exemption générale en période de récession ou de crise économique. Les fusions effectuées dans certains secteurs (par exemple entre institutions financières) et celles qui visent des entreprises de transport peuvent effectivement être exemptées d'une contestation possible du Cabinet fédéral en vertu de la *Loi sur la concurrence*. Toutefois, les règles générales s'appliquent à la plupart des entreprises, même en période de difficultés financières, et les parties proposant une fusion doivent, en pratique, être prêtes à démontrer que leur fusion n'aura vraisemblablement pas d'impact problématique sur la concurrence.

Même si les dispositions de la *Loi sur la concurrence* en matière de fusions ne prévoient aucune exemption pour cause de récession, la *Loi* contient, au même titre que les dispositions sur l'examen des fusions des lois de nombreux autres territoires, ce qu'on qualifie généralement de l'« argument relatif aux entreprises en déconfiture ». En fait, il ne s'agit aucunement d'un argument, mais plutôt d'un facteur dont le Tribunal de la concurrence doit tenir compte pour décider si une fusion est problématique. L'alinéa 93b) de la *Loi sur la concurrence* se lit comme suit :

93 Lorsqu'il détermine, pour l'application de l'article 92, si un fusionnement, réalisé ou proposé, empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou s'il aura vraisemblablement cet effet, le Tribunal peut tenir compte des facteurs suivants:

(...)

b) la déconfiture, ou la déconfiture vraisemblable de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise d'une partie au fusionnement réalisé ou proposé (...).

Cet alinéa 93b) indique clairement que le Tribunal de la concurrence, de même que le commissaire de la concurrence, ne peut pas simplement autoriser une fusion si l'entreprise ciblée est en déconfiture, mais doit plutôt déterminer si, en raison de cette déconfiture, la fusion ne diminuera pas sensiblement la concurrence. Habituellement, on affirmerait que la concurrence ne subira pas d'effet néfaste, parce que l'entreprise en déconfiture va quitter le marché de toute façon. Toutefois, il est parfois préférable, du point de vue de la concurrence, qu'une entreprise pratique une restructuration pour insolvabilité ou libère ses actifs après une faillite, plutôt que d'être acquise par un concurrent direct.

Selon que l'argument relatif à l'entreprise en déconfiture sera accepté ou pas dans un cas particulier, cela déterminera le type d'actifs visés et la structure du marché, entre autres considérations. Le document intitulé *Fusions – Lignes directrices pour l'application de la loi* (que nous appellerons les « **Lignes directrices** ») énonce des directives détaillées en ce qui concerne les cas de déconfiture d'entreprise^[2], qui décrivent l'approche du Bureau en la matière. En voici les grandes lignes :

- Pour prouver qu'une entreprise est en déconfiture, il faut démontrer :
 - i) qu'elle est insolvable ou le deviendra vraisemblablement;
 - ii) qu'elle a entamé ou entamera vraisemblablement une procédure de faillite volontaire;
 - iii) qu'elle a été mise sous séquestre ou en faillite, ou le sera vraisemblablement.
- Les preuves suivantes relatives à l'entreprise doivent être soumises au Bureau à cette fin :
 - les états financiers vérifiés les plus récents;
 - la marge brute d'autofinancement projetée;
 - les renseignements et documents indiquant si un des prêts de l'entreprise a été appelé au remboursement ou si de nouveaux prêts simples ou avancés sur marge de crédit à des taux viables ont été refusés et ne peuvent pas être obtenus ailleurs;
 - les renseignements et documents indiquant si les fournisseurs ont réduit ou éliminé le crédit commercial;
 - les renseignements et documents indiquant s'il y a eu des pertes d'exploitation persistantes ou une

- baisse importante de la valeur nette ou de l'actif de l'entreprise;
 - les renseignements et documents indiquant si ces pertes ont été accompagnées d'une érosion de la position relative de l'entreprise sur ce marché;
 - les renseignements et documents indiquant l'importance des activités de financement hors bilan de l'entreprise comme le crédit-bail;
 - les renseignements et documents indiquant si la valeur des titres de créance de l'entreprise qui sont négociés sur le marché public a baissé de façon significative;
 - les renseignements et documents indiquant si l'entreprise n'est vraisemblablement pas en mesure de se restructurer avec succès conformément à la législation canadienne ou étrangère en matière de faillite ou d'insolvabilité ou encore au moyen d'une proposition concordataire.
- Avant de conclure qu'une transaction proposée prévoyant l'acquisition d'une entreprise (ou d'une de ses divisions) en déconfiture n'aura vraisemblablement pas pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, les parties à la fusion doivent convaincre le Bureau qu'il n'existe aucune autre solution de rechange préférable sur le plan de la concurrence.
 - Les parties doivent généralement prouver quelles autres parties ont été sollicitées pour l'achat de l'entreprise en déconfiture.
 - Le Bureau cherche à savoir s'il existe une tierce partie qui souhaiterait acheter l'entreprise en déconfiture dans le cadre d'une opération dont les effets anticoncurrentiels seraient moindres que ceux de la transaction proposée.
 - En pratique, cela signifie que le Bureau examinera tous les autres concurrents, clients et fournisseurs importants du marché pertinent sur lequel l'entreprise en déconfiture est présente.
 - Si le Bureau n'est pas convaincu qu'une recherche exhaustive a été menée en vue de trouver un acheteur préférable sur le plan de la concurrence, il demandera l'intervention d'un tiers indépendant (comme un courtier en valeurs immobilières, un fiduciaire ou un courtier qui n'a aucun intérêt important à l'endroit des parties à la fusion ou de la proposition en question) de mener cette recherche.
 - Les parties doivent convaincre le Bureau qu'une réduction des activités ou une restructuration ne permettra pas de sauver l'entreprise en déconfiture. Si l'une ou l'autre de ces options est viable, le Bureau pourrait juger qu'il s'agit d'une solution de rechange à la transaction proposée préférable sur le plan de la concurrence.
 - Les parties doivent convaincre le Bureau qu'une liquidation de l'entreprise en déconfiture n'est pas une solution de rechange préférable sur le plan de la concurrence. Le Bureau déterminera si cette liquidation pourrait faciliter l'accès au marché en permettant à des concurrents réels ou potentiels de se disputer les

éléments d'actif ou la clientèle de l'entreprise en déconfiture. Dans pareil cas, la liquidation pourrait être considérée comme une solution de rechange à la transaction proposée préférable sur le plan de la concurrence.

Comme l'illustrent les Lignes directrices, le Bureau de la concurrence a toujours été très strict dans sa prise en compte des dispositions relatives aux entreprises en déconfiture, exigeant généralement la démonstration très rigoureuse que l'entreprise est en déconfiture (ce qui pose parfois des problèmes de délai, dans une situation d'insolvabilité qui évolue rapidement). Par ailleurs, il a toujours déterminé avec rigueur s'il existait pour l'entreprise un acheteur préférable sur le plan de la concurrence — exigeant là encore une recherche exhaustive de tels acheteurs alors que, souvent, le temps presse^[3].

Même si le Bureau applique rigoureusement les dispositions relatives aux entreprises en déconfiture, nous croyons que, pendant une crise comme le ralentissement économique causé par la pandémie de COVID-19, il va faire preuve d'empressement dans son examen des arguments relatifs aux entreprises en déconfiture. Il est probable qu'il accepte, du moins dans les cas les plus évidents, qu'il ne sera peut-être pas avisé de faire une recherche exhaustive d'autres acheteurs ou de trouver tous les détails confirmant l'insolvabilité déjà avérée d'une entreprise ciblée. Dans une [lettre récemment envoyée à l'Association du Barreau canadien](#) au sujet des effets de la pandémie de COVID-19, le commissaire de la concurrence indiquait ceci :

Comme vous pouvez l'imaginer, le Bureau devra peut-être aussi prioriser les problèmes urgents du marché qui nécessitent une action immédiate pour protéger les Canadiens. De telles instances pourraient avoir des répercussions sur notre capacité à traiter d'autres dossiers en cours.

Soyez assurés que le Bureau demeure résolu à faire tout ce qui est en son pouvoir pour servir l'intérêt public et faire avancer les choses de manière professionnelle et responsable.

En plus des dispositions relatives aux entreprises en déconfiture, la loi canadienne traitant des fusions contient un argument unique sur les gains en efficience. Certaines transactions visant des entreprises en déconfiture génèrent également d'importants gains en efficience, qu'il convient de prendre en compte pour l'approbation de la fusion. Le présent document ne traite pas en détail des gains en question, mais vous trouverez une analyse détaillée de leur prise en compte lors de l'examen des fusions au Canada dans [notre bulletin de 2015 consacré à l'arrêt de Cour suprême du Canada relatif à la fusion de Tervita](#) (en anglais seulement).

Compte tenu des exigences énoncées dans les dispositions relatives aux entreprises en déconfiture, et du délai inévitable que nécessitera tout examen de fusion sur un marché concentré, il est important de planifier à l'avance. Le groupe Concurrence de McMillan maîtrise parfaitement les dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives aux entreprises en déconfiture et aux gains en efficience. Si vous envisagez une

transaction justifiée par la situation économique actuelle, nous serons heureux de discuter avec vous des volets d'une entente préliminaire, afin de broser un portrait initial de la viabilité de cette transaction, et de déterminer la voie à suivre pour maximiser vos chances de réussite.

par James Musgrove et Joshua Chad

[1][ps2id id='1' target=''] L.R.C. 1985, ch. C-34.

[2][ps2id id='2' target=''] Bureau de la concurrence, [Fusions - Lignes directrices d'application de la loi \(2011-10-06\), Partie 13.](#)

[3][ps2id id='3' target=''] Nous observons que, si les problèmes de délai constituent la principale préoccupation, et si l'acheteur est certain de pouvoir convaincre le Bureau que l'argument relatif à l'entreprise en déconfiture est pertinent, des cas récents indiquent que le Bureau pourrait accepter de conclure avec les acheteurs proposés des accords consensuels sur la préservation provisoire des actifs ou leur séparation. Si le Bureau fait savoir à une partie que c'est une option, un tel accord pourrait être conclu à condition que les actifs achetés soient préservés et/ou tenus à part de l'entreprise de l'acheteur pendant que le Bureau termine son examen détaillé.

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 entièrement 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