

Faut-il se méfier des clauses dilatoires dans les F&A au Canada?

Mark Adkins, [Georgia Brown](#) et Rob Nicholls (étudiant d'été en droit)



Tactique dilatoire (sandbagging) : le fait de dissimuler ou de sous-estimer l'importance de la situation, du potentiel ou de l'intention véritable d'une personne, particulièrement en vue d'en tirer parti.

L'utilisation de clauses dilatoires expresses (soit « pro-dilatoires », soit « anti-dilatoires ») dans les conventions de fusion et acquisition (« F&A »), ou la décision de ne pas y en inclure, constitue habituellement l'un des enjeux les plus délicats auquel sont confrontés les intervenants en F&A dans le cadre d'acquisitions privées. On se questionne souvent sur la fréquence de ces clauses dans les F&A canadiennes ainsi que sur leur caractère exécutoire compte tenu de l'évolution des pratiques du marché et du nombre limité de précédents des tribunaux canadiens à ce sujet.

APERÇU

Dans le cadre de la négociation d'une convention d'acquisition définitive, l'acheteur voudra généralement obtenir des déclarations et garanties détaillées de la part du vendeur concernant l'entreprise qu'il souhaite acquérir, de même qu'une indemnité (sous réserve des restrictions d'usage) selon laquelle le vendeur convient de l'indemniser après la clôture de l'opération advenant que l'une des déclarations ou garanties se révèle fausse.

L'enjeu des « tactiques dilatoires » intervient lorsqu'une convention d'acquisition a été signée et que l'opération se conclut par la suite, mais qu'une déclaration ou une garantie du vendeur prévue à la convention se révèle fausse et l'acheteur, même s'il en a *connaissance* avant la clôture, procède à l'acquisition. Il faut alors se demander si l'acheteur peut poursuivre le vendeur en vertu d'une fausse déclaration ou garantie; autrement dit, peut-il avoir recours à des « tactiques dilatoires » à l'encontre du vendeur? Les clauses dilatoires visent à traiter expressément de l'entente négociée entre les parties à cet égard.

AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DES CLAUSES DILATOIRES

Trois options s'offrent aux parties : inclure des clauses pro-dilatoires, inclure des clauses anti-dilatoires, ou garder le silence. Pour des raisons évidentes, le vendeur tentera généralement de négocier des clauses anti-dilatoires, alors que l'acheteur pourrait faire pression pour inclure des clauses pro-dilatoires dans la convention.

✓ CLAUSES PRO-DILATOIRES

Voici un exemple de clause pro-dilatoire type tiré de la *Model Asset Purchase Agreement* de l'American Bar Association (l'« ABA ») :

Aucune renonciation. Le droit à une indemnité, à un remboursement ou à tout autre recours fondé sur ces déclarations, garanties, engagements et obligations ne sera pas affecté par quelque enquête ou quelque connaissance acquise (ou pouvant être acquise) à tout moment.

L'acheteur fera souvent valoir que ce type de clause pro-dilatoire favorise une meilleure communication et aide à le prémunir contre les mauvaises surprises de dernière minute (y compris les enjeux découverts pendant la période intérimaire, soit entre la signature de la convention et la clôture). Il voudra également s'assurer que les membres de sa direction n'ont pas « connaissance » d'une violation qui lui est imputable si de nombreux documents de vérification diligente ont été mis à sa disposition et que son examen a été limité.

✗ CLAUSES ANTI-DILATOIRES

En revanche, voici un exemple de clause anti-dilatoire type tiré de la *Canadian Private Target M&A Deal Points Study* de l'ABA (l'« étude 2015 de l'ABA ») :

Indemnisation par le vendeur. Malgré les indemnités susmentionnées en cas de violation d'une déclaration ou garantie, le vendeur ne sera pas tenu responsable d'un quelconque dommage attribuable ou fondé sur toute violation de l'une des déclarations ou garanties du vendeur prévues à la présente convention si l'acheteur avait connaissance de cette violation avant la clôture ou au moment de celle-ci.

Cette clause anti-dilatoire peut être accompagnée d'une déclaration et garantie expresse de la part de l'acheteur stipulant qu'il n'a connaissance d'aucune violation d'une déclaration, garantie ou d'un engagement, que ce soit à la signature de la convention ou à la clôture.

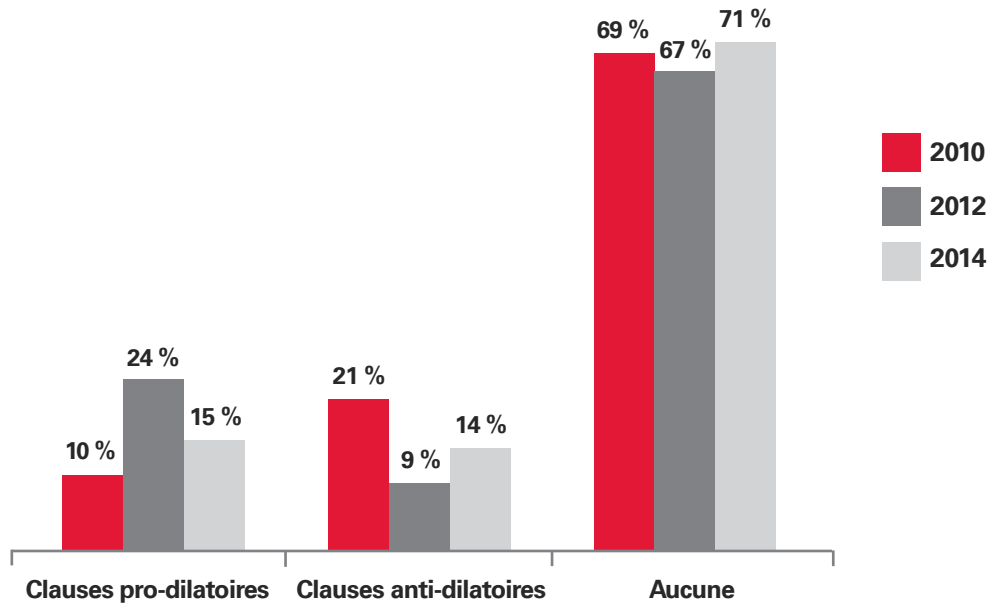
Souvent, le vendeur estimera que le libellé des clauses anti-dilatoires encourage l'acheteur à soulever les enjeux de diligence potentiels avant la clôture et permet d'éviter un scénario de type « je t'ai eu » où l'acheteur tenterait d'utiliser une demande d'indemnisation afin d'effectivement réduire le prix d'achat.

Si l'acheteur présente une demande d'indemnisation après la clôture, ce genre de clause anti-dilatoire occasionnera habituellement des différends à l'égard de ce que l'acheteur « connaissait » avant la clôture. Les parties devraient donc prendre soin de définir ce que constitue l'expression « connaissance de l'acheteur », notamment en précisant quelles personnes travaillant pour l'acheteur possèdent des connaissances susceptibles de faire échec à une réclamation.

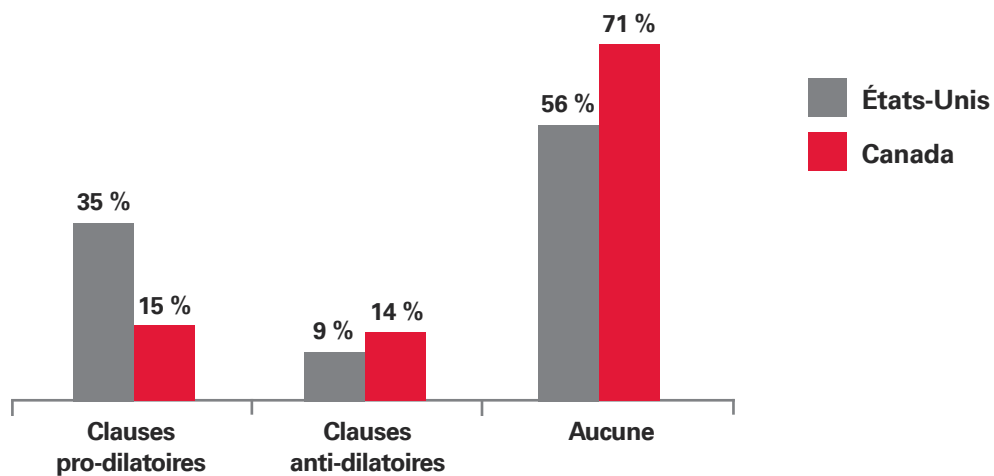
L'utilisation d'une clause pro-dilatoire ou anti-dilatoire reposera toujours en grande partie sur les faits et sera influencée par le ton et l'historique des négociations, le pouvoir de négociation relatif des parties ainsi que la nature de la vérification diligente réalisée.

PRATIQUE SUR LE MARCHÉ : LE CANADA PAR RAPPORT AUX ÉTATS-UNIS

Selon l'étude 2015 de l'ABA, les conventions canadiennes contiennent rarement des clauses dilatoires. En effet, près de 71 % d'entre elles ne comprennent aucune forme de clause dilatoire expresse. Lorsqu'elles en ont une, il s'agit dans 15 % des cas de clauses pro-dilatoires et dans 14 % des cas, de clauses anti-dilatoires.



À titre comparatif, l'étude 2015 de l'ABA révèle que près de 56 % des conventions américaines n'incluaient aucune clause dilatoire en 2014. Cependant, les clauses pro-dilatoires (35 %) étaient plus courantes que les clauses anti-dilatoires (9 %) dans le cas des conventions qui en contenaient.





CARACTÈRE EXÉCUTOIRE AU CANADA

Lorsqu'une convention ne renferme pas de clause dilatoire, les tribunaux canadiens divergent de point de vue quant à la capacité de l'acheteur de demander une indemnisation. Ainsi, dans une décision rendue en 2001, la Cour d'appel de l'Alberta a permis à l'acheteur d'obtenir les avantages d'une garantie qu'il savait être fautive. Au contraire, en 2003, la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas rejeté une défense s'opposant à une action pour violation d'une clause de déclaration et garantie sur la base de la connaissance préalable de l'acheteur. La défense a plutôt été rejetée au motif qu'il pouvait y avoir eu violation de l'obligation d'agir de bonne foi.

Bien que l'affaire de l'Ontario ait ultimement été réglée, l'élément de « bonne foi » y a notamment été considéré dans l'évaluation du recours dilatoire. L'importance de la bonne foi a de nouveau été examinée de près à la suite de la décision rendue en 2014 par la Cour suprême du Canada dans l'affaire Bhasin c. Hrynew, laquelle a reconnu que la bonne foi et l'obligation d'agir honnêtement dans l'exécution des obligations contractuelles constituent un « principe directeur » en droit contractuel au Canada. Depuis l'affaire Bhasin, les tribunaux canadiens n'ont pas été appelés à trancher sur un différend relatif à une clause dilatoire. Il est donc difficile de prédire quel serait leur verdict dans une telle situation. Pour en savoir davantage sur l'affaire Bhasin, consultez nos *Bulletins Blakes* suivants :

- Résiliation de contrats : la question de la bonne foi (décembre 2015);
- Anniversaire de la décision Bhasin : un exercice de bonne foi (octobre 2015);

- Soyons honnêtes : la CSC conclut qu'une obligation d'honnêteté existe entre les parties à un contrat (novembre 2014).

Aucun tribunal canadien n'a encore eu à se prononcer directement sur des clauses dilatoires expresses (tant pro-dilatoires qu'anti-dilatoires). De plus, si les tribunaux canadiens cherchent à s'inspirer de ce qui se fait aux États-Unis ou au Royaume-Uni (comme c'est souvent le cas), ils risquent de ne pas y voir plus clair. En effet, certains tribunaux américains ont déjà fait exécuter des clauses pro-dilatoires, comme ce fut le cas dans la décision rendue en 1990 par la cour d'appel de l'État de New York dans l'affaire CBS Inc. v. Ziff-Davis Publishing Co. et al. Toutefois, lorsqu'un contrat ne traite pas de tactiques dilatoires, la position des tribunaux est ambiguë (par exemple, voir la décision rendue en 1992 par la cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit dans l'affaire Galli v. Metz, ainsi que celle rendue en 2005 par la cour supérieure du Delaware dans l'affaire Interim Healthcare, Inc. v. Spherion Corp.). Les tribunaux du Royaume-Uni n'offrent pas plus de clarté, puisqu'ils n'ont eu à se pencher sur des clauses dilatoires qu'en tant que questions accessoires à un litige (par exemple, voir la décision rendue en 1992 par la cour d'appel de l'Angleterre et du Pays de Galles dans l'affaire Eurocopy plc v. Teesdale and others, ainsi que sa décision de 2005 dans Infiniteland Ltd. v. Artisan Contracting Ltd.).

Par conséquent, nous nous attendons à ce que le libellé de la convention d'acquisition, ainsi que les faits à l'origine du litige (y compris le comportement des parties), constituent des facteurs déterminants dans les décisions que rendront les tribunaux canadiens à cet égard.

COORDONNÉES

Pour en savoir davantage, communiquez avec :

Howard Levine
514-982-4005

Patrick Menda
514-982-5051

Jean Tessier
514-982-4060

Mark Adkins
212-893-8418

Georgia Brown
212-893-8141

ou un autre membre de notre groupe Fusions et acquisitions.