

Secteurs de la construction et des matériaux de construction

Examen de fusions en vertu de la *Loi
sur la concurrence* et de la *Loi sur
Investissement Canada*



EN 2019, L'APPORT DES SECTEURS DE LA
CONSTRUCTION ET DES MATÉRIAUX DE
CONSTRUCTION À L'ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE
S'ÉLEVAIT À :

157 G\$

CE QUI REPRÉSENTE

7,9%

DU PIB GLOBAL DU CANADA¹.



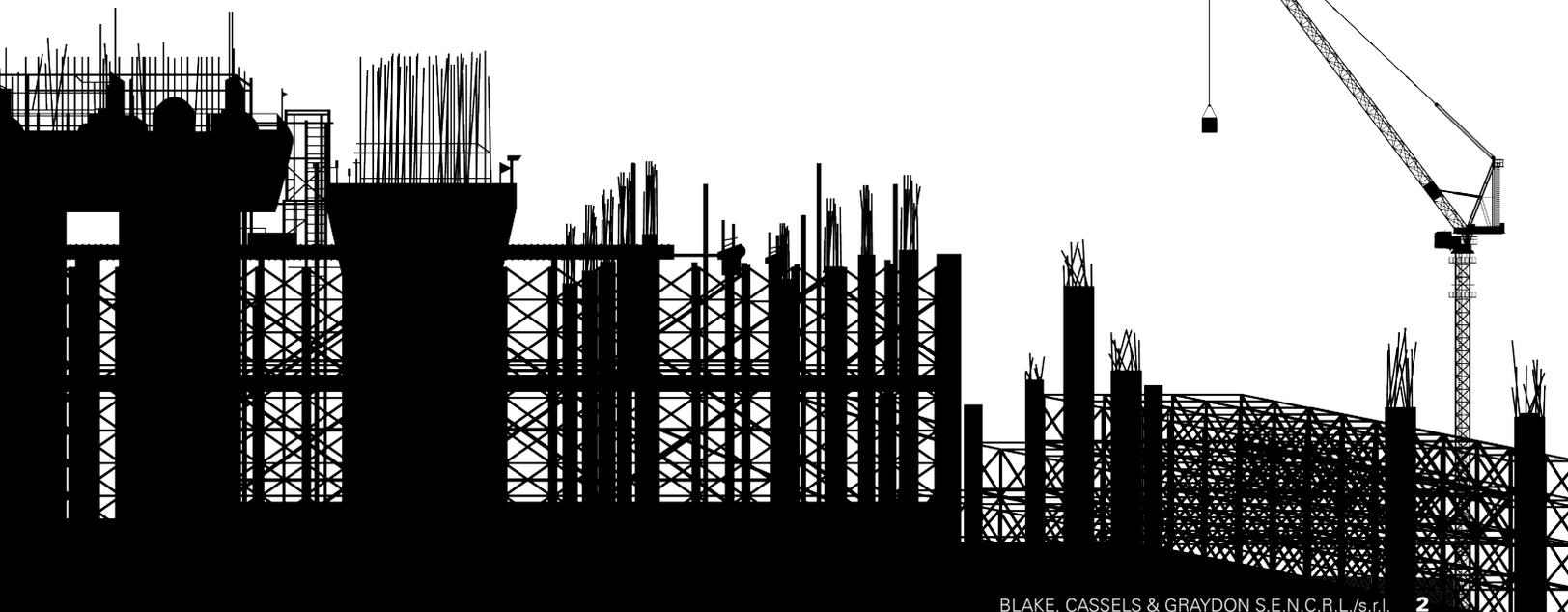
L'apport des secteurs de la construction et des matériaux de construction au PIB du Canada, combiné à celui du secteur immobilier, est plus élevé que l'apport total du secteur de la fabrication et des secteurs de l'extraction minière, pétrolière et gazière².

Au Canada, l'industrie de la construction a connu un degré d'activité important au chapitre des F&A au cours des trois dernières années. En 2017, Bloomberg faisait état d'un nombre record d'opérations (94) d'une valeur totale déclarée de 10 G\$ CA. L'augmentation du flux d'opérations s'est poursuivie en 2018 avec 106 opérations annoncées d'une valeur totale déclarée de 13,2 G\$ CA; et 2019 représente une autre année significative au chapitre des F&A avec 117 opérations annoncées d'une valeur totale déclarée de 14,1 G\$ CA. En outre, la majorité de ces opérations (68 %) comportaient un volet transfrontalier.

Au cours des 10 dernières années, les F&A transfrontalières ont émané principalement des États-Unis, quoique des entreprises basées au Royaume-Uni, en Europe, au Japon, en Australie et en Chine ont aussi été actives.

Les organismes gouvernementaux, y compris le Bureau de la concurrence (le « Bureau ») et la Division de l'examen des investissements (« DEI ») d'Innovation, Sciences et Développement économique Canada (« ISDE »), peuvent avoir une incidence sur les activités et la planification des opérations des entreprises des secteurs de la construction et des matériaux de construction au Canada. Ces types d'entreprises qui exercent leurs activités au sein du marché canadien ou qui prévoient faire leur entrée dans ce marché doivent être conscientes des lois applicables en matière de concurrence, de même que s'y conformer, que ce soit pour soumissionner sur un nouveau projet, fusionner avec un concurrent ou gérer leurs activités quotidiennes.

À l'instar des autres secteurs, celui de la construction continuera de subir des pressions financières en raison de la pandémie de COVID-19, qui génère notamment une hausse des coûts de la main-d'œuvre et des mesures de santé et de sécurité, de même que de l'incertitude à l'égard des projets publics et une augmentation de l'endettement des ménages.



Préavis de fusion en vertu de la *Loi sur la concurrence* et de la *Loi sur Investissement Canada*

Aux termes de la *Loi sur la concurrence*, les parties à une opération sont tenues d'aviser le Bureau à l'égard de l'opération si les parties ont des actifs ou des revenus annuels au Canada supérieurs à 400 M\$ CA et si la valeur des actifs ou les revenus annuels de l'entreprise cible au Canada sont supérieurs à 96 M\$ CA.

Les parties à une fusion qui dépassent ces seuils de préavis doivent informer le Bureau et respecter un délai d'attente (minimal) de 30 jours avant de pouvoir réaliser la fusion projetée. Auparavant, certaines fusions dans le secteur de la construction ne nécessitaient pas un préavis puisqu'elles visaient des sociétés en commandite, mais les règles relatives aux préavis ont changé de sorte que les actifs et les revenus des sociétés en commandite sont désormais comptabilisés dans le calcul du seuil. Ainsi, nous prévoyons qu'à l'avenir, un plus grand nombre de fusions dans le secteur de la construction devront faire l'objet d'un préavis en vertu de la *Loi sur la concurrence*.

Les parties à une opération de coentreprise peuvent être dispensées des obligations en matière de préavis si elles structurent adéquatement leur opération.

Aux termes des modifications récemment apportées à la *Loi sur Investissement Canada*, les seuils monétaires aux fins des examens ont augmenté pour s'établir à 1,075 G\$ CA ou plus (d'autres seuils sont prévus pour les investisseurs qui sont des sociétés d'État). Cela signifie qu'un nombre moins élevé d'acheteurs étrangers auront besoin d'une autorisation afin de conclure leurs opérations. Peu importe leur taille, toutes les opérations peuvent tout de même faire l'objet d'un examen pour des motifs de sécurité nationale. À titre d'exemple, la tentative d'acquisition d'Aecon par CCCI a été définitivement bloquée pour des motifs de sécurité nationale.

Les règles relatives aux acquisitions de contrôle et aux seuils monétaires en vertu de la *Loi sur Investissement Canada* sont complexes. Certaines opérations dans le secteur de la construction peuvent exiger le dépôt d'une demande d'examen préalable à la clôture, selon la façon dont les projets de construction de l'entreprise cible sont structurés. Par exemple, les acquisitions par l'intermédiaire de sociétés étrangères ne requièrent habituellement pas d'autorisation préalable aux termes de la *Loi sur Investissement Canada*, alors que l'acquisition d'une société, d'une société en commandite ou d'une coentreprise canadienne peut entraîner l'obligation de présenter une demande d'examen préalable à la clôture puisque les passifs figurant au bilan ont tendance à être élevés, ce qui augmente la valeur de l'entreprise cible au-delà du seuil financier.



Définition du marché dans les secteurs de la construction et des matériaux de construction

Lorsqu'il procède à l'examen d'une fusion dans les secteurs de la construction et des matériaux de construction, le Bureau tente généralement de définir à la fois le marché des produits et le marché géographique pertinents au sein desquels les parties fusionnantes se font concurrence. Le marché pertinent correspond au plus petit groupe de produits et à la plus petite région géographique pour laquelle un monopoleur hypothétique pourrait imposer, à son avantage, une augmentation des prix modeste, mais significative et non transitoire (appelée une « SSNIP »)³. Le Bureau examinera également d'autres facteurs tels que les coûts de transfert, les prix relatifs, l'utilisation finale des produits, le comportement antérieur dans le secteur, les coûts de transport et les modèles de transport.

Le Bureau n'a pas fourni d'indications claires sur la façon dont il définit les marchés de produits dans les secteurs de la construction et des matériaux de construction, mais il en a publiées à l'égard de secteurs connexes. Par exemple, dans le cadre de l'examen de l'acquisition d'Arcelor par Mittal, soit deux sociétés sidérurgiques, le Bureau a défini le marché de produits pertinent de façon restreinte et axé son examen sur l'acier laminé à froid revêtu, et ce, après avoir conclu qu'il n'y avait pas suffisamment de chevauchement des activités des parties à la fusion dans la production des autres types d'acier ordinaire⁴.

Étant donné que les matériaux de construction peuvent être acheminés à des utilisateurs finaux, le Bureau tend à définir le marché géographique en fonction de la région ou de façon plus large selon les coûts de transport des produits. Lors de son examen de la fusion de Holcim et Lafarge, le Bureau a conclu que les coûts de transport considérables et l'obligation d'avoir des terminaux locaux signifiaient, de son point de vue, que les marchés géographiques concernés dans cette fusion avaient une taille régionale⁵.

Puisque les entreprises de construction doivent généralement disposer d'une présence locale afin de se livrer efficacement concurrence pour l'obtention de projets de construction, le marché géographique pertinent pour ces entreprises sera vraisemblablement défini à l'échelle locale. Par exemple, lorsque le Bureau s'est penché sur la fusion de Modular Space avec Williams Scotsman, soit deux locateurs d'unités modulaires, il a focalisé son analyse sur le chevauchement des emplacements des succursales locales des parties lorsque la présence de celles-ci était importante⁶.



Les gains en efficacité dans le contexte des fusions d'entreprises de construction

Confrontées à des coûts plus élevés, les entreprises des secteurs de la construction et des matériaux de construction voient les fusions comme des occasions de réduire leurs coûts, de prendre de l'expansion et de partager leurs technologies.

Aux termes de la *Loi sur la concurrence*, une fusion peut être réalisée si les gains en efficacité qui en découlent surpassent les effets anticoncurrentiels vraisemblables.

La défense fondée sur les gains en efficacité fonctionne effectivement comme une analyse coûts-avantages pour les fusions. D'un côté, il y a les gains en efficacité résultant vraisemblablement de l'opération qui profitent à l'économie canadienne et qui seraient perdus si le Tribunal de la concurrence rendait une ordonnance à l'égard des effets de l'opération sur la concurrence. De l'autre côté, on considère les effets anticoncurrentiels découlant vraisemblablement de la fusion, dont le tort causé à la société en raison de la réduction de la production (la « perte sèche ») ainsi que les conséquences négatives (le cas échéant) des transferts de richesse des consommateurs aux parties fusionnantes.

Une fusion présente une occasion notable de dégager des gains en efficacité, particulièrement si les entreprises existantes regroupent leurs activités. Des économies de coûts fixes et variables peuvent entraîner de tels gains. Dans les secteurs de la construction et des matériaux de construction, les gains en efficacité peuvent notamment être l'élimination d'un doublement des fonctions centrales d'entreprise⁷, la rationalisation des fonctions de soutien à la clientèle⁸ et la consolidation des activités en chantier/usine⁹.

Transmission de documents dans le cadre de l'examen d'une fusion

Les entreprises qui exercent leurs activités dans les secteurs de la construction et des matériaux de construction doivent s'assurer qu'elles ont mis en place des pratiques adéquates en matière de gestion des documents, car le Bureau examinera les documents des parties dans le cadre de l'examen de leur fusion, y compris en vue de découvrir des éléments de preuve démontrant une activité anticoncurrentielle. Cette industrie présente un profil de risque particulier en raison de la maturité de ce marché et du nombre élevé d'appels d'offres publics. De plus, cette industrie a été fréquemment ciblée par la direction générale du Bureau chargée de l'application de la loi en matière pénale, et ce, plus spécialement dans la province de Québec¹⁰.

Le Bureau a enquêté activement sur un certain nombre d'entreprises de la construction et ses enquêtes ont donné lieu à des poursuites dans plusieurs cas. Au cours des 10 dernières années, il a obtenu des condamnations contre des entreprises qui ont dû payer des amendes de plusieurs millions de dollars. En outre, les entreprises déclarées coupables peuvent être exclues (radiées) des appels d'offres publics pour des contrats du gouvernement fédéral et des gouvernements provinciaux pendant plusieurs années.

« Au cours des 20 dernières années, le Bureau a enquêté sur plus de cas allégués de collusion dans le secteur canadien de la construction que dans tout autre secteur au Canada. »

— Mémoire du Bureau de la concurrence présenté dans le cadre de la table ronde du Forum mondial de l'OCDE sur Infractions en série : Étude sur les raisons pour lesquelles certains secteurs semblent propices à la collusion endémique



Examens relatifs à la sécurité nationale à l'égard d'investissements étrangers

Les investissements dans les entreprises canadiennes ayant des liens avec des infrastructures essentielles ou stratégiques seront toujours scrutés à la loupe par le gouvernement canadien. La *Stratégie nationale sur les infrastructures essentielles* du gouvernement canadien définit ce qui constitue une infrastructure essentielle de manière à inclure les processus, les systèmes, les installations, les technologies, les réseaux, les biens et les services qui sont essentiels à la santé, à la sûreté, à la sécurité et au bien-être économique des Canadiens, de même qu'au fonctionnement efficace du gouvernement, d'où le classement des secteurs de l'énergie, des services publics, des transports et des projets publics dans les secteurs essentiels spécifiques¹¹.

Les investisseurs étrangers pourraient juger souhaitable de soumettre une notification à la Division de l'examen des investissements avant la clôture de leur opération afin de permettre au gouvernement de passer au crible l'opération pour des motifs de sécurité nationale. Par ailleurs, le gouvernement dispose d'un maximum de 45 jours, soit pour procéder à un examen relatif à la sécurité nationale, soit pour aviser l'investisseur qu'il pourrait procéder à un examen relatif à la sécurité nationale. Un tel exercice peut prendre jusqu'à 200 jours et possiblement plus en fonction des circonstances (si le délai est prorogé par consentement). Le gouvernement peut bloquer la clôture d'une opération, exiger que l'investisseur étranger prenne des engagements à l'égard de l'investissement ou, si l'opération a déjà été réalisée, obliger l'investisseur étranger à se dessaisir de son investissement.



Principaux points à retenir

Les révisions récentes des règles relatives aux préavis ont entraîné une hausse du nombre d'opérations dans les secteurs de la construction et des matériaux de construction devant faire l'objet d'un tel préavis aux termes de la *Loi sur la concurrence*, tandis que la hausse des seuils financiers aux termes de la *Loi sur Investissement Canada* a engendré une réduction du nombre d'opérations devant faire l'objet d'un examen.

Les fusions entre des entreprises des secteurs de la construction et des matériaux de construction peuvent souvent se traduire par des gains en efficacité considérables pour l'économie canadienne. Ces gains sont pris en compte dans l'analyse prévue aux termes de la *Loi sur la concurrence*.

Les investisseurs doivent connaître les exigences relatives à l'examen des investissements étrangers, notamment pour des motifs de sécurité nationale, ainsi que structurer leurs opérations de façon appropriée afin de limiter les possibilités de demandes d'examen préalable à la clôture et/ou de gérer les examens potentiels relatifs à la sécurité nationale.

PERSONNES-RESSOURCES



Brian A. Facey
Chef du groupe et associé
brian.facey@blakes.com
416-863-4262



Cathy Beagan Flood
Associée
cathy.beaganflood@blakes.com
416-863-2269



Cassandra Brown
Associée
cassandra.brown@blakes.com
416-863-2295



Iris Fischer
Associée
iris.fischer@blakes.com
416-863-2408



Anne Glover
Associée
anne.glover@blakes.com
416-863-3266



Nicole Henderson
Associée
nicole.henderson@blakes.com
416-863-2399



Randall Hofley
Associé
randall.hofley@blakes.com
416-863-2387



Navin Joneja
Associé
navin.joneja@blakes.com
416-863-2352



Robert E. Kwinter
Associé
robert.kwinter@blakes.com
416-863-3283



Andrea Laing
Associée
andrea.laing@blakes.com
416-863-4159



Kevin MacDonald
Associé
kevin.macdonald@blakes.com
416-863-4023



Wendy Mee
Associée
wendy.mee@blakes.com
416-863-3161



Julie Soloway
 Associée
 julie.soloway@blakes.com
 416-863-3327



Micah Wood
 Associé
 micah.wood@blakes.com
 416-863-4164



Elder Marques
 Expert-conseil senior
 elder.marques@blakes.com
 613-788-2238 | 416-863-3850



Psalm Cheung
 Avocate
 psalm.cheung@blakes.com
 416-863-2239



Emma Costante
 Avocate
 emma.costante@blakes.com
 604-631-3332



Chris Dickinson
 Avocat
 chris.dickinson@blakes.com
 416-863-3254



David Dueck
 Avocat
 david.dueck@blakes.com
 416-863-2959



Fraser Malcolm
 Avocat
 fraser.malcolm@blakes.com
 416-863-4233



Joe McGrade
 Avocat
 joe.mcgrade@blakes.com
 416-863-4182



Julia Potter
 Avocate
 julia.potter@blakes.com
 416-863-4349



Gillian Singer
 Avocate
 gillian.singer@blakes.com
 416-863-2673



Tori Skot
 Avocate
 tori.skot@blakes.com
 416-863-2913

- 1 Ces chiffres ont été calculés manuellement à l'aide des données de Statistique Canada. Consultez la page « Produit intérieur brut (PIB) aux prix de base, par industries, [...] », Tableau : 36-10-0434-01 (anciennement CANSIM 379-0031), Statistique Canada, en ligne : https://www150.statcan.gc.ca/t1/tbl1/fr/tv.action?pid=3610043401&request_locale=fr
- 2 Ces chiffres ont été calculés manuellement à l'aide des données de Statistique Canada. Consultez la page « Produit intérieur brut (PIB) aux prix de base, par industries, [...] », Tableau : 36-10-0434-01 (anciennement CANSIM 379-0031), Statistique Canada, en ligne : https://www150.statcan.gc.ca/t1/tbl1/fr/tv.action?pid=3610043401&request_locale=fr
- 3 « Fusions — Lignes directrices pour l'application de la loi », Bureau de la concurrence du Canada (6 octobre 2011), 4.3, en ligne : https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03420.html#s4_0
- 4 « Archivé — Acquisition proposée d'Arcelor par Mittal », Bureau de la concurrence du Canada (octobre 2006), en ligne : <https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/00550.html>
- 5 « Déclaration du Bureau de la concurrence concernant l'acquisition par Holcim de Lafarge », Bureau de la concurrence du Canada (4 mai 2015), en ligne : <https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03920.html>
- 6 « Énoncé du Bureau de la concurrence relatif au regroupement proposé de Modular Space Corporation et de Williams Scotsman International, Inc. », Bureau de la concurrence du Canada (23 juin 2016), en ligne : <https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04107.html>
- 7 Ce qui comprend la direction de l'entreprise, les activités de la direction du siège social, les ressources humaines, le personnel et les installations, les systèmes d'information et la technologie, les achats et le marketing.
- 8 Ce qui comprend le personnel de vente et l'équipe de direction connexe, le service à la clientèle et l'administration, et les responsables de la réglementation et de la sécurité.
- 9 Ce qui comprend les activités opérationnelles des sites de chantier, des bureaux et des usines, ainsi que les équipes de livraison et de service, le personnel et les responsables de l'inventaire.
- 10 « Mémoire du Bureau de la concurrence présenté dans le cadre de la table ronde du Forum mondial de l'OCDE sur Infractions en série : Étude sur les raisons pour lesquelles certains secteurs semblent propices à la collusion endémique », Bureau de la concurrence du Canada (30 octobre 2015), en ligne : <https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03989.html>
- 11 « Stratégie nationale sur les infrastructures essentielles », Sécurité publique Canada, en ligne : <https://www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrscs/pblctns/srtg-crtcl-nfrstroctr/index-fr.aspx>

Blakes