

L'assurance des déclarations et garanties – un outil de plus en plus important pour les négociateurs canadiens

8 DÉCEMBRE 2020 9 MIN DE LECTURE



Expertises Connexes

- [Fusions et acquisitions](#)

Auteur: [Brian Gray](#)

En 2020, l'assurance des déclarations et garanties a continué à jouer un rôle de plus en plus important sur le marché canadien des fusions et acquisitions privées. L'assurance des déclarations et garanties est une police d'assurance généralement souscrite par un acheteur qui remplace la totalité ou la plupart des obligations traditionnelles du vendeur en matière d'indemnisation pour les pertes résultant de la violation ou de l'inexactitude des déclarations et garanties du vendeur. En conséquence, selon la structure de l'opération et de la police d'assurance, un vendeur est en mesure de réduire considérablement, voire d'éliminer, ses obligations d'indemnisation après la conclusion de l'opération. Par ailleurs, un acheteur peut conserver la protection par indemnisation qu'il chercherait normalement à obtenir dans une opération de fusion et d'acquisition traditionnelle. L'assurance des déclarations et garanties est pratique courante aux États-Unis et son adoption sur le marché canadien a rapidement pris de l'ampleur au cours des dernières années. Dans cet article, nous examinons l'état du marché canadien de l'assurance des déclarations et garanties en 2020, y compris les répercussions de la COVID-19 sur celui-ci.

L'utilisation de l'assurance des déclarations et garanties au Canada continue de croître

Au Canada, l'utilisation de l'assurance des déclarations et garanties est devenue un outil de plus en plus courant pour les négociateurs canadiens, une tendance qui semble se poursuivre malgré la pandémie de COVID-19. Bien que l'assurance des déclarations et garanties ne soit pas encore aussi répandue au Canada qu'aux États-Unis, un enchérisseur participant à un processus concurrentiel au Canada, comme une vente aux enchères, doit s'attendre à ce qu'un vendeur soit susceptible de proposer l'assurance des déclarations et garanties au lieu des modalités d'indemnisation traditionnelles. Un enchérisseur en quête d'un avantage concurrentiel doit être prêt à proposer ou à accepter l'assurance des déclarations et garanties dans son offre afin de demeurer compétitif. Alors qu'auparavant, les opérations d'assurance des déclarations et garanties avaient souvent un lien avec les États-Unis ou avec des fonds de capital-investissement ou des investisseurs financiers, on a assisté récemment à une prolifération d'opérations nationales canadiennes soutenues par une assurance des déclarations et garanties auxquelles ont participé des acquéreurs stratégiques.

Un plus grand nombre de professionnels de l'assurance des déclarations et garanties se consacrent au marché canadien

En 2020, nous avons assisté à une maturation du marché de l'assurance des déclarations et garanties au Canada. Un nombre croissant de courtiers et de souscripteurs d'assurance des déclarations et garanties comptent désormais sur des professionnels ou des équipes qui se consacrent au marché canadien. Dans le cas des plus grands courtiers d'assurance mondiaux et souscripteurs d'assurance des déclarations et garanties, beaucoup ont maintenant des équipes sur le terrain au Canada. Cette présence accrue, jumelée à la popularité croissante de l'assurance des déclarations et garanties, a entraîné une plus grande disponibilité de la couverture et une plus grande concurrence. Il en est résulté un accès accru à l'assurance des déclarations et garanties au Canada et un processus de souscription qui est devenu plus fluide et plus efficace, ce qui a permis de normaliser davantage les polices d'assurance des déclarations et garanties et d'accroître le degré de certitude des opérations.

Le nombre de modifications considérées comme ayant été apportées aux conventions a augmenté

Malgré la concurrence accrue entre les souscripteurs d'assurance des déclarations et garanties, les déclarations et garanties incluses dans les conventions d'opération ont récemment fait l'objet d'examen plus approfondis, avec notamment une augmentation du nombre de modifications considérées comme ayant été apportées à certaines déclarations et garanties. À titre d'exemple, pour les besoins de la police d'assurance des déclarations et garanties, les souscripteurs peuvent considérer certains libellés comme étant « partie intégrante » de la police d'assurance des déclarations et garanties, dans la mesure où les souscripteurs estiment qu'il s'agit de libellés standards ou typiques dans de telles déclarations et garanties. Cela peut inclure le fait que les mots « par écrit » sont considérés comme ayant été ajoutés après une clause de « réception d'avis » ou que le mot « connaissance » est réputé avoir été ajouté lorsque la déclaration ou la garantie est généralement conditionnelle à la connaissance. Il est habituel pour les souscripteurs de soulever ces questions au début du processus de souscription, ce qui permet de réduire les surprises pour le titulaire de la police d'assurance au moment de l'exécution de l'opération et de la confirmation de la police.

Des exclusions spécifiques à chaque opération surviennent encore souvent dans le processus de souscription de l'assurance des déclarations et garanties, mais il y a généralement moins d'exclusions convenues au stade du sommaire des modalités. Ces exclusions ne sont généralement proposées qu'après l'appel de souscription et après que l'assureur a reçu des informations plus détaillées sur l'entreprise cible et qu'une vérification diligente a été effectuée par l'acheteur.

L'augmentation de la couverture d'indemnisation du vendeur demeure pratique courante au Canada

Conformément au marché canadien des fusions et acquisitions en général, qui offre traditionnellement des conditions d'indemnisation plus favorables aux acheteurs que le marché américain des fusions et acquisitions, les modalités des opérations canadiennes d'assurance des déclarations et garanties n'ont pas encore été harmonisées avec celles des États-Unis. Il n'est pas rare de voir des vendeurs canadiens proposer une couverture d'indemnisation pour des déclarations fondamentales et des obligations fiscales au-delà des montants de garantie de la police d'assurance des déclarations et garanties. En outre, bien

que de façon moins courante, on observe certains cas de conventions d'indemnisation particulières pour des questions faisant l'objet d'exclusions spécifiques à chaque opération aux termes de la police d'assurance des déclarations et garanties. En revanche, il est plus courant, dans les opérations américaines, qu'il n'y ait pas de protection d'indemnisation au-delà des montants de garantie de la police d'assurance des déclarations et garanties.

Effet de la COVID-19

Si la pandémie de COVID-19 a ralenti le marché canadien des fusions et acquisitions au deuxième trimestre de 2020, les fournisseurs d'assurance des déclarations et garanties sont néanmoins restés prêts à assurer des opérations. L'activité au chapitre des fusions et acquisitions s'étant accrue pendant le reste de l'année 2020, les assureurs canadiens ont été plus occupés que jamais. Au départ, la souscription d'assurance a entraîné de larges exclusions liées à la COVID-19 dans la couverture d'assurance des déclarations et garanties, mais à mesure que les souscripteurs d'assurance des déclarations et garanties se sont familiarisés avec le risque associé à la COVID-19 et ses répercussions sur les entreprises ciblées par les fusions et acquisitions, l'approche en matière de souscription d'assurance dans le contexte de la COVID-19 est devenue plus souple. Alors que les polices d'assurance des déclarations et garanties comportent généralement une exclusion de la couverture offerte par la police en relation avec la COVID-19, les souscripteurs d'assurance ont récemment adopté une approche plus nuancée et sur mesure qui limite les exclusions de la couverture offerte par la police en relation avec la COVID-19 aux domaines où le risque de souscription est plus élevé pour l'entreprise visée.

Bien qu'ils soient prêts à cibler la portée de l'exclusion, les assureurs canadiens se sont montrés plus préoccupés par le risque lié à la COVID-19 pendant la période intermédiaire entre la signature d'une convention et la conclusion de l'opération. Dans ces circonstances, les souscripteurs d'assurance peuvent insister pour que toute limitation de la portée d'une exclusion liée à la COVID-19 s'applique à partir de la date de signature et qu'une exclusion liée à la COVID-19 plus large s'applique à partir de la clôture de l'opération. Parfois, un souscripteur d'assurance conviendra que si les effets de la COVID-19 sur l'entreprise pendant la période intermédiaire semblent minimes, une exclusion liée à la COVID-19 plus limitée peut être rétablie à la clôture.

En outre, les titulaires de police doivent continuer de s'attendre à des appels de mise à jour préalable à la vérification diligente plus longs et plus approfondis avant la clôture, car les souscripteurs d'assurance chercheront à confirmer l'effet de la COVID-19 sur l'entreprise ciblée pendant la période intermédiaire entre la signature et la clôture. Si une police d'assurance des déclarations et garanties pour une entente signée avant le début de la pandémie de COVID-19 dans le territoire concerné ne contient pas d'exclusion liée à la COVID-19, les titulaires de police doivent être prêts à ce que l'assureur mette à profit toute occasion d'ajouter à la police d'assurance des déclarations et garanties une exclusion liée à la COVID-19. Cela est plus susceptible de se produire lorsque le risque lié à la COVID-19 est jugé important et que l'assureur estime qu'il lui confère un moyen de négociation parce que l'assuré peut exiger une renonciation ou un consentement indépendant (par exemple, pour une modification de la convention liée à l'opération ou un report de la date de clôture).

Conclusion

L'assurance des déclarations et garanties continue d'être un élément de plus en plus important du marché canadien des fusions et acquisitions et la COVID-19 n'a pas changé son utilité ou son importance pour la conclusion d'opérations. Les négociateurs canadiens doivent être informés sur le produit et prêts à le déployer comme outil dans leurs opérations pour rester compétitifs dans un processus de fusion et d'acquisition.

