



Le 15 novembre 2007

[TRADUCTION]

L'honorable Jim Prentice, C.P., député
Ministre de l'Industrie
Industrie Canada
235, rue Queen
Ottawa (Ontario) K1A 0H5

Monsieur le ministre,

Objet : Lignes directrices sur les investissements au Canada par des sociétés d'État étrangères

Je vous écris au nom de la Section nationale du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien (ABC), afin de vous remercier pour l'occasion de commenter les Lignes directrices proposées sur les investissements au Canada par les sociétés d'État étrangères. Le Comité sur l'examen de l'investissement étranger de l'ABC représente des avocats ayant beaucoup d'expérience dans la pratique du droit touchant la *Loi sur Investissement Canada* (LIC). À cet égard, nous avons intérêt à nous assurer que les Lignes directrices donnent des renseignements clairs, prévisibles et à point quant à savoir quelles sociétés sont considérées comme étant des investisseurs d'État et comment l'examen de l'acquisition du contrôle par de tels investisseurs sera effectué.

A. Introduction

L'établissement des Lignes directrices devrait guider les investissements réalisés par des sociétés d'État étrangères au Canada. À cette fin, le gouvernement voudra peut-être aussi diffuser un énoncé indiquant qu'il considère généralement les investissements étrangers directs comme étant avantageux pour le Canada, qu'ils soient réalisés par des sociétés d'État ou non. Les Lignes directrices devraient également affirmer que le gouvernement tiendra compte des facteurs énumérés à l'article 20 de la LIC lors de l'examen des investissements réalisés au Canada par des sociétés d'État étrangères.

B. Portée des Lignes directrices – Dans quelles circonstances un investisseur est-il considéré comme étant un investisseur d'État?

- Les Lignes directrices doivent indiquer les circonstances dans lesquelles un investisseur est considéré comme étant un investisseur d'État.

- Les Lignes directrices doivent clarifier ce qu'on entend par l'« État », à savoir, les personnes ou entités qui font partie de la structure gouvernementale actuellement au pouvoir d'un pays étranger. Cette définition pourrait exclure, dans le cas de certaines nations, les organismes qui sont liés de façon éloignée à l'État, tels les régimes de retraite des employés du gouvernement.
- Lorsque l'État détient la majorité des actions donnant droit de vote ou des intérêts dans une société réalisant un investissement, la relation entre cette société et l'État est claire.
- Cependant, si le gouvernement veut également souligner les cas où un État étranger ne contrôle pas la société par le biais de la possession de la majorité de ses actions donnant droit de vote, mais exerce plutôt un contrôle sur cette société dans les faits ou l'influence de manière déterminante, les Lignes directrices devraient énoncer le genre de facteurs et de renseignements que le gouvernement examinera (et qu'il s'attendra ainsi à recevoir dans le cadre du processus de demande). Ces facteurs et renseignements pourraient comprendre :
 - Les conventions des actionnaires et les actes constitutifs, tels les statuts et les règlements administratifs. Ces documents pourraient indiquer le rôle de l'État au sein du conseil, le nombre de sièges détenus par d'autres actionnaires, l'identité de ces derniers, et les droits de veto ou les droits spéciaux détenus par l'État dans certaines circonstances.
 - Des renseignements à l'égard de relations familiales, personnelles, politiques et de relations d'affaires qui pourraient s'avérer pertinents pour décider s'il y a un lien assez étroit entre la société réalisant l'investissement et l'État étranger.
- Les Lignes directrices devraient reconnaître que, étant donné la difficulté à déterminer toutes les circonstances dans lesquelles l'État contrôle une société dans les faits ou exerce une influence déterminante sur elle, la société réalisant l'investissement et son conseiller juridique pourraient communiquer avec le gouvernement à l'avance afin d'obtenir une décision en temps opportun, indiquant si la société en question sera considérée comme étant une société d'État aux fins de l'investissement.

C. Les conséquences liées au fait d'être une société d'État

Il est important que les Lignes directrices énoncent les conséquences liées au fait d'être une société d'État, au cas où l'investissement proposé ferait l'objet d'un examen. Les Lignes directrices devraient présenter les facteurs qui seront évalués lors de l'examen d'un investissement effectué par une société d'État. Ces facteurs pourraient comprendre ce qui suit :

- Une description des raisons pour lesquelles la société d'État réalise l'investissement.
- Bien qu'un exposé des plans de la société réalisant l'investissement soit requis lors de tout examen d'investissements proposés, si le gouvernement a des préoccupations quant à une certaine entreprise d'État, il pourrait demander, en plus d'expressions d'intention actuelles, des renseignements provenant de la société d'État en question, tels que ses plans stratégiques, ses états financiers et des documents portant sur sa gouvernance.

- Les Lignes directrices devraient indiquer la nature des différentes réponses que le gouvernement pourrait donner aux sociétés d'État réalisant des investissements, telles qu'un avis d'interdiction d'un investissement proposé, ou un avis de mesures correctives que devrait prendre la société concernée par le biais d'engagements de sa part.
- Les Lignes directrices devraient également inclure un énoncé indiquant si la nature de l'industrie dans laquelle l'entreprise ciblée opère sera jugée importante. Par exemple, si le gouvernement est préoccupé par les investissements de sociétés d'État étrangères dans l'infrastructure ou dans des ressources essentielles à l'économie du Canada, le gouvernement pourrait identifier ces secteurs (par ex. les transports) et indiquer les préoccupations qu'il a à leur égard et comment y répondre, par le biais d'engagements de la part de la société d'État en question ou d'autres mesures.
- La question de la durée des engagements devrait être étudiée. Si le gouvernement s'inquiète du fait que l'investisseur jouit du statut de société d'État, il faudra porter attention aux cas où une possibilité existe que les engagements durent plus longtemps que la durée normale de trois à cinq ans.
- Si le gouvernement a l'intention de demander des engagements plus importants de la part des entreprises d'État dans certaines circonstances, ces dernières devraient être énumérées.
 - S'il existe des préoccupations particulières concernant la nature non commerciale de gestes posés par une société d'État (par exemple, s'il existe une possibilité que, par suite de l'investissement et pour des raisons non commerciales, des clients canadiens de cette société ne seront pas approvisionnés), ces préoccupations devraient être abordées par le moyen d'engagements de la part de la société d'État en question.
- Le gouvernement devrait se demander si les Lignes directrices s'appliqueront à toutes les entreprises exploitées au Canada, que l'entreprise concernée soit déjà sous contrôle étranger avant l'investissement proposé ou non.

D. Disposition de temporisation

Les Lignes directrices devraient faire l'objet d'un examen après une période initiale de deux ans, par exemple, afin d'assurer qu'elles continuent à répondre aux préoccupations du gouvernement et à être transparentes, claires et prévisibles.

E. Cas de non-application des Lignes directrices

Comme les Lignes directrices ne modifient pas la LIC, elles ne s'appliqueront pas aux cas suivants :

- Les investissements qui ne font pas l'objet d'un examen, à savoir, ceux qui sont en deçà du seuil de l'examen. Pour les cibles de la plupart des acquisitions directes d'entreprises canadiennes, le seuil actuel est établi à un actif net comptable de 281 millions de dollars (pour les entreprises des « secteurs sensibles », c'est-à-dire, les services financiers, la production d'uranium, les entreprises culturelles et les services de transport, ce seuil est établi à 5 millions de dollars).

- Les acquisitions indirectes d'entreprises canadiennes (c'est-à-dire, par le biais de l'acquisition d'une société mère étrangère), soit par des États membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), soit de vendeurs qui font l'objet de contrôles au sein d'États membres de l'OMC, sauf dans les « secteurs sensibles ». Nous avons été avisés par la Division générale de l'examen des investissements que ce principe s'applique même si la majorité de l'actif visé par la transaction mondiale se trouve au Canada.
- Les cas où il n'y a pas d'« acquisition du contrôle » d'une entreprise canadienne sous le régime des règles de la LIC.

F. Autres facteurs

Lors de la formulation et de la mise en œuvre des Lignes directrices, le gouvernement doit tenir compte du fait que le droit canadien s'appliquera aux sociétés d'État étrangères et pourrait ainsi répondre aux préoccupations du gouvernement relativement à la conduite d'une telle société qui ne respecterait pas les principes du marché ou les principes commerciaux. En particulier, les lois sur le commerce et la concurrence pourraient aider à résoudre la problématique de sociétés d'État étrangères qui ne se conforment pas aux principes du marché (par exemple, le droit du commerce tient compte de subventions, tandis que la *Loi sur la concurrence* répond à d'autres préoccupations, tels l'application de prix inférieurs au prix coûtant (fixation de prix abusifs) et l'abus d'une position dominante).

Si vous avez des questions, n'hésitez pas à communiquer avec Sandy Walker et Oliver Borgers, soit la présidente et le vice-président du Comité sur l'examen de l'investissement étranger.

Je vous prie d'agréer, monsieur le ministre, l'expression de mes sentiments distingués.

(Copie originale signée par Tamra Thomson au nom de Barry Zalmanowitz)

Barry Zalmanowitz
Président
Section nationale du droit de la concurrence

c. c. Stephen Kelly, conseiller principal en politiques