

Bulletin Droit minier

Juin 2009

Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.

Répercussions des récentes modifications de la *Loi sur la concurrence* et de la *Loi sur Investissement Canada* sur l'industrie minière canadienne

Auteur : M. Craig G. Brown

La santé et la vigueur de l'industrie canadienne des mines sont dans une large mesure tributaires de l'investissement étranger direct et de la participation active de l'industrie étrangère. Les modifications de la *Loi sur Investissement Canada* (la « LIC ») et de la *Loi sur la concurrence* qui sont entrées en vigueur le 12 mars 2009 ont d'importantes répercussions sur l'industrie minière canadienne et étrangère, de même que sur les avocats qui conseillent les membres de cette industrie.

Les modifications reflètent deux initiatives de politiques importantes mais quelque peu conflictuelles. Tout d'abord, elles visent à informer le monde que le Canada n'aura pas recours à des politiques protectionnistes afin d'atténuer les répercussions de l'actuel ralentissement économique mondial. Cette position se reflète dans les modifications qui réduisent considérablement la portée de l'intervention du gouvernement en ce qui concerne les investissements étrangers. Cependant, on retrouve, un peu à l'opposé de cette position politique, la mise en place d'un nouveau processus d'examen en vertu de la LIC qui permet au gouvernement de bloquer les investissements étrangers qui peuvent

porter atteinte à la sécurité nationale du Canada.

Répercussions touchant particulièrement les participants de l'industrie minière

Augmentation considérable du seuil déclencheur de l'examen d'une opération en vertu de la LIC

Les principaux acteurs étrangers du secteur minier seront encouragés par les modifications qui ont pour but de réduire le nombre d'investissements étrangers qui sont visés par un examen en vertu de la LIC. Le seuil déclencheur d'un examen applicable aux acquisitions directes d'entreprises canadiennes (à l'exception d'entreprises culturelles) par des investisseurs étrangers est passé de 312 M\$ CA (selon la valeur comptable) à 600 M\$ CA (selon la « valeur de l'entreprise »). Ce nouveau seuil augmentera sur une période de cinq ans et atteindra un milliard de dollars. Il sera ensuite rajusté pour tenir compte de l'inflation. Les modifications ne renferment aucune définition de l'expression « valeur de l'entreprise », mais on s'attend à ce que des règlements ultérieurs la prescrivent. Les seuils

Vancouver

Calgary

Toronto

Ottawa

Montréal

Québec

Londres

Johannesburg

inférieurs qui s'appliquaient auparavant aux entreprises engagées dans les services de transport (y compris les pipelines) ou la production d'uranium ont été éliminés et de telles entreprises sont maintenant assujetties au même seuil de 600 M\$ CA.

Nouveau critère de sécurité nationale en vertu de la LIC

Bien que le seuil supérieur qui déclenche un examen encourage clairement l'investissement étranger au Canada, les investisseurs potentiels peuvent être troublés par le nouveau processus d'examen applicable aux investissements qui pourraient porter atteinte à la sécurité nationale. Jusqu'à ce qu'une définition de « sécurité nationale » soit donnée, le critère vague de « porter atteinte à la sécurité nationale » restera ambigu et pourrait donner au ministre de l'Industrie et au Cabinet fédéral un grand pouvoir discrétionnaire pour décider quelles opérations feront l'objet d'un examen. Ce nouveau processus s'applique sans égard à la taille de l'investissement ou au secteur dans lequel l'investissement est proposé. Tous les participants de l'industrie doivent donc y accorder une attention particulière.

Les préoccupations concernant la nature discrétionnaire de ces nouvelles dispositions sur l'examen pour des raisons de sécurité nationale pourraient être renforcées par l'expérience récente de l'Australie. S'appuyant sur une formulation tout aussi ambiguë de la loi australienne intitulée *Foreign Acquisitions and Takeovers Act* (1975), le gouvernement australien a stoppé une offre de la société chinoise Minmetals Group qui visait l'acquisition du contrôle de Oz Minerals Ltd. Même si les activités de cette dernière ne sont pas de nature sensible dans une perspective de sécurité nationale, l'une de ses propriétés en Australie est située à proximité d'une installation haute sécurité de mise à l'essai d'armes exploitée par les forces armées

australiennes. La décision du gouvernement australien illustre l'ampleur du pouvoir discrétionnaire associé à une formulation aussi vague. Il est encore trop tôt pour savoir si le ministère de l'Industrie et le Cabinet fédéral exerceront leur pouvoir discrétionnaire de manière si large, mais chose certaine, ce pouvoir constituera une source de préoccupation pour les investisseurs étrangers.

Nouveau fardeau de la preuve relatif à une déclaration de culpabilité en vertu de la *Loi sur la concurrence*

Les modifications de la *Loi sur la concurrence* sont aussi importantes. Elles s'éloignent de la partie sur les complots criminels en éliminant l'exigence d'établir qu'une entente entre concurrents empêchera ou diminuera sensiblement la concurrence. Aux termes de la loi modifiée, ces ententes sont illégales en soi dès lors que les concurrents conviennent de fixer, maintenir, augmenter ou contrôler des prix, de maintenir, contrôler, empêcher, réduire ou éliminer la fourniture d'un produit, ou d'allouer des ventes, des territoires, des clients ou des marchés pour la production d'un produit ou son approvisionnement. Les concurrents responsables de tels agissements sont coupables d'une infraction criminelle punissable d'une sanction maximale de 25 millions de dollars pour chaque infraction et d'une peine d'emprisonnement maximale de 14 ans.

Nouvelles dispositions prévoyant des sanctions sévères contre l'abus de position dominante

Les principaux participants du secteur minier devront porter une attention particulière aux nouvelles dispositions sur l'abus de position dominante. De sanctions administratives pécuniaires pouvant atteindre 10 millions de dollars pour la première infraction et 15 millions de dollars pour toute infraction subséquente ont été introduites afin

de dissuader les comportements anticoncurrentiels des entreprises dominantes qui empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence. Compte tenu de l'importance de ces sanctions, les membres de l'industrie devront évaluer de près les répercussions de leurs pratiques d'affaires dans les marchés où ils sont actifs.

Les nouveaux pouvoirs relatifs aux demandes de renseignements pourraient causer des retards

De pair avec les modifications apportées aux seuils déclencheurs d'examen en vertu de la LIC, les modifications de la *Loi sur la concurrence* rehaussent le seuil relatif aux avis préalables à une fusion, lequel passe de 50 millions de dollars à 70 millions de dollars. Ce seuil fera l'objet d'une révision annuelle fondée sur les modifications du PIB. Les périodes d'attente de 14 et de 42 jours liées respectivement aux avis abrégés et détaillés sont remplacées par un processus de « deuxième demande » dans le cadre duquel la période d'attente initiale de 30 jours peut être prolongée par le commissaire de la concurrence, s'il exige des renseignements supplémentaires. La deuxième demande de renseignements pourrait être d'une grande portée et, par conséquent, avoir une grande incidence sur les coûts de conformité et retarder la clôture de l'opération. Afin d'encourager la conformité au processus d'avis de fusion, les modifications de la *Loi sur la concurrence* prévoient un mécanisme de sanctions administratives pécuniaires qui peuvent atteindre 10 000 \$ par jour de non-conformité.

Conclusion et recommandations

Nombre des modifications décrites précédemment devront être clarifiées par des règlements et des lignes directrices qui préciseront leur mode d'administration et d'exécution. D'ici là, nous recommandons ce qui suit :

1. Les entreprises qui occupent une position dominante sur le marché devraient examiner et, le cas échéant, revoir leurs pratiques commerciales à la lumière des nouvelles sanctions administratives pécuniaires relatives aux agissements anticoncurrentiels qui empêchent ou diminuent sensiblement la concurrence.
2. Toute collaboration continue avec des concurrents doit aussi être examinée afin de garantir qu'elle ne contrevient pas aux nouvelles dispositions aux termes desquelles constituent une infraction en soi toute entente visant à fixer des prix, à allouer des marchés ou des clients, ou à fixer la production ou l'approvisionnement.
3. Les entreprises devraient examiner et au besoin modifier leur programme de conformité à la *Loi sur la concurrence* en tenant compte des modifications qui y ont été apportées afin de s'assurer qu'ils évitent les comportements qui peuvent enfreindre cette loi et qu'ils n'imposent pas à leurs forces de vente des restrictions inutiles qui ne sont plus légalement obligatoires.
4. Les entreprises devraient garder à l'esprit que le seuil relatif à la taille d'une opération déclenchant un avis de fusion en vertu de la *Loi sur la concurrence* est maintenant de 70 M\$ (auparavant, il était de 50 M\$) d'actifs ou de revenu brut.
5. Les investisseurs étrangers qui souhaitent investir au Canada doivent tenir compte de l'augmentation du seuil déclenchant un examen en vertu de la LIC, qui est passé de 312 M\$ selon la valeur comptable des actifs à 600 M\$ selon la valeur de l'entreprise. Les participants des secteurs de la production d'uranium et des pipelines devraient envisager de tirer profit du fait qu'il n'y a plus de seuil inférieur pour les entreprises de ces secteurs.

6. Les entreprises doivent garder à l'esprit que la nouvelle LIC renferme des dispositions qui permettent d'examiner des investissements pour des raisons de sécurité nationale. Ce pouvoir a un effet rétroactif au 6 février 2009. L'ambiguïté relative à ce nouvel examen pour des raisons de sécurité nationale engendre de nouveaux risques liés notamment à l'exécution que les entreprises et leurs conseillers juridiques devront évaluer.

Pour obtenir de plus amples renseignements sur le sujet du présent bulletin, communiquez avec l'auteur.

Craig M. Brown
416 868 3411
cbrown@fasken.com

Notre groupe Doit minier

Vancouver

Josh D. Lewis
604 631 4853
jlewis@fasken.com

Toronto

John S.M. Turner*
416 865 4380
jturner@fasken.com

Michael J. Bourassa
416 865 5455
mbourassa@fasken.com

Québec

Jean M. Gagné
418 640 2010
jgagne@fasken.com

Londres

Al Gourley
+44 207 917 8671
agourley@fasken.com

*Chef du groupe

Ce bulletin se veut un outil d'information à l'intention de nos clients sur les récents développements en droit provincial, national et international. Les articles présentés ne constituent pas des avis juridiques; aucun lecteur ne devrait agir sur le fondement de ces articles sans avoir consulté auparavant un avocat, qui saura analyser sa situation particulière et lui fournir des conseils appropriés. Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l. est une société à responsabilité limitée et comprend des sociétés juridiques.

© 2009 Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.

Vancouver

604 631 3131
vancouver@fasken.com

Calgary

403 261 5350
calgary@fasken.com

Toronto

416 366 8381
toronto@fasken.com

Ottawa

613 236 3882
ottawa@fasken.com

Montréal

514 397 7400
montreal@fasken.com

Québec

418 640 2000
quebeccity@fasken.com

Londres

44 (0)20 7917 8500
london@fasken.co.uk

Johannesburg

27 11 685 0800
johannesburg@fasken.com