



Décision de télécom CRTC 2009-678

Référence au processus : Avis de consultation de télécom 2009-429

Ottawa, le 29 octobre 2009

Examen de Globalive Wireless Management Corp. dans le cadre du régime de propriété et de contrôle canadiens

Numéro de dossier : 8657-C12-200910316

Dans la présente décision, le Conseil se prononce dans le cadre de l'instance amorcée par l'avis de consultation de télécom 2009-429, dans lequel il a procédé à un examen de la propriété et du contrôle de Globalive. L'examen du Conseil avait pour but de déterminer si des non-Canadiens possèdent ou contrôlent Globalive compte tenu de la structure actuelle de la compagnie. Le Conseil conclut que c'est effectivement le cas, que Globalive ne satisfait pas aux exigences relatives au régime de propriété et de contrôle et qu'elle n'est donc pas actuellement admise à opérer comme entreprise de télécommunication canadienne.

Introduction

1. Du 27 mai au 21 juillet 2008, Industrie Canada a tenu une vente aux enchères de licences d'utilisation du spectre pour les services sans fil évolués (SSFE) et de fréquences dans la gamme de 2 GHz. La soumission de Globalive Wireless LP à hauteur de 442 099 000 \$ pour 30 licences de spectre SSFE a été retenue.
2. À ce moment-là, Globalive Wireless LP appartenait à Globalive Wireless Management Corp. (Globalive). Les propriétaires de Globalive étaient : Globalive Canada Holdings Corp. (GCHC), propriété de Globalive Investment Holdings Corp. (GIHC); Globalive Communications Holdings Ontario Inc. ou ses affiliées, dont Globalive Communications Corp. (GCC), contrôlée par Anthony Lacavera; Weather Investments S.p.A. ou ses affiliées, dont Orascom Telecom Holding S.A.E. contrôlée par Naguib Sawiris; et Mojo Investments Corp. (Mojo), contrôlée par Michael O'Connor.
3. Dans le cadre des ventes aux enchères, les soumissionnaires acceptés devaient soumettre de la documentation sur la propriété et le contrôle à Industrie Canada, en vue d'un examen, dans les dix jours ouvrables suivant la fin des enchères, et ce, afin de prouver leur conformité aux dispositions sur la propriété et le contrôle canadiens de la *Loi sur la radiocommunication*. Globalive a remis sa documentation à Industrie Canada le 8 août 2008.

4. Le 22 décembre 2008, le personnel du Conseil a envoyé une lettre à Globalive, ainsi qu'à toutes les compagnies dont les soumissions avaient été acceptées, mais qui n'étaient pas encore exploitées à titre d'entreprises de télécommunication. Cette lettre indiquait que le Conseil était disposé à examiner la propriété de ces compagnies avant qu'elles n'entreprennent leurs activités pour s'assurer qu'elles respectaient les exigences de propriété et de contrôle canadiens de l'article 16 de *la Loi sur les télécommunications* (la *Loi*).
5. Le 13 mars 2009, Industrie Canada a accordé des licences d'utilisation du spectre à Globalive, après avoir terminé son examen et conclu que Globalive était une entreprise de propriété canadienne contrôlée par des Canadiens au sens de la *Loi sur la radiocommunication*.
6. Le 3 avril 2009, Globalive a remis ses documents au Conseil pour qu'il puisse entreprendre l'examen visant à déterminer si elle était autorisée à exploiter une entreprise de télécommunication, conformément au paragraphe 16(1) de la *Loi*.
7. Le 20 avril 2009, le Conseil a reçu une lettre de la Société TELUS Communications (STC) dans laquelle l'entreprise demandait au Conseil d'amorcer une instance ouverte et transparente pour examiner la propriété et le contrôle de Globalive. Dans une lettre du 22 avril 2009, Shaw Communications Inc. (Shaw) a appuyé la demande de la STC pour la tenue d'une instance publique.
8. Dans une lettre datée du 5 mai 2009, Globalive s'est opposée à la demande de la STC. Globalive a proposé comme solution de rechange que le Conseil amorce un processus public pour solliciter des observations de toutes les parties intéressées sur la meilleure façon de tenir toute instance d'examen.
9. Dans l'avis de consultation de télécom 2009-303, le Conseil a amorcé une instance publique, sollicitant des observations sur le bien-fondé, dans certains cas, d'engager un processus public plutôt que confidentiel pour les examens de propriété et de contrôle canadiens aux termes de la *Loi*. Le Conseil a publié ses conclusions à ce sujet dans la politique réglementaire de télécom 2009-428, qui établit un cadre souple comportant quatre types d'examen pour les examens de propriété et de contrôle aux termes de la *Loi*. Le Conseil a conclu que, dans certains cas, y compris lorsque l'examen concerne des structures de gouvernance ou des mécanismes de financement complexes ou nouveaux, il peut être dans l'intérêt public de tenir une instance publique multipartite comportant une audience avec comparution.

Instance

10. Compte tenu du cadre d'examen établi dans la politique réglementaire de télécom 2009-428, le Conseil a publié l'avis de consultation de télécom 2009-429, amorçant un examen public multipartite, comprenant une audience avec comparution, de la propriété et du contrôle de Globalive. Le Conseil a estimé que ce type d'examen était approprié compte tenu de la complexité et de la nouveauté de la structure de propriété et de gouvernance et des accords de financement de Globalive, de la valeur jurisprudentielle de l'examen pour l'industrie et pour le public et du fait que la participation et la comparution des parties intéressées permettraient au Conseil de mieux compléter et vérifier les éléments de preuve au dossier.

11. Dans l'avis de consultation de télécom 2009-429, il était indiqué que toutes les preuves documentaires fournies au Conseil le 3 avril 2009 (les documents préalables à l'audience ou la structure préalable à l'audience, selon le cas) seraient versées au dossier de l'instance. Le 27 juillet 2009, Globalive a déposé une demande de traitement confidentiel visant certaines parties des documents préalables à l'audience. Conformément à une décision du personnel du Conseil sur le traitement confidentiel du 3 août 2009, Globalive a déposé, le 6 août 2009, une version non intégrale des documents préalables à l'audience pour le dossier public.
12. Le 4 août 2009, le Conseil a adressé des demandes de renseignements à Globalive. Le 14 août 2009, Globalive a déposé les réponses, ainsi qu'une demande de traitement confidentiel pour certaines parties de ces documents. Le 17 août 2009, Bell Canada, Rogers Communications Inc. (RCI) et la STC ont contesté certaines parties de la demande de traitement confidentiel de Globalive. Le 19 août 2009, le personnel du Conseil s'est prononcé sur la demande de traitement confidentiel de Globalive. À la suite de cette conclusion, Globalive a déposé une version non intégrale des documents additionnels le 21 août 2009.
13. Le Conseil a reçu des observations écrites de Danoush Hoosseinzadeh le 10 août 2009, de la Canadian Cable Systems Alliance Inc. le 21 août 2009 et de Bell Canada, RCI, Shaw et la STC le 24 août 2009. Globalive a déposé ses observations en réplique le 28 août 2009.
14. Globalive est la partie principale à l'instance amorcée par l'avis de consultation de télécom 2009-429. Bell Canada, RCI et la STC (les parties comparantes) ont été autorisées à participer à la phase avec comparution devant se dérouler les 23 et 24 septembre 2009.
15. Dès le début de la phase avec comparution, et à divers moments pendant son déroulement, Globalive a apporté de nombreuses modifications importantes à sa structure préalable à l'audience et à ses documents préalables à l'audience. Les documents révisés ont été déposés auprès du Conseil et versés au dossier public le 29 septembre et le 2 octobre 2009 (les documents révisés ou la structure révisée, selon le cas).
16. La plus grande partie de l'audience publique du 24 septembre 2009 s'est déroulée à huis clos en présence du Conseil et de représentants de Globalive. Une transcription non intégrale de la partie à huis clos des comparutions a été versée au dossier public. Afin de donner aux parties comparantes la possibilité de prononcer leurs déclarations finales en tenant compte de la structure et des documents révisés, la phase de comparution de l'audience a été ajournée et reportée au 1^{er} octobre 2009.
17. À la suite de la phase avec comparution de l'audience publique, le Conseil a reçu des observations écrites finales des parties comparantes datée du 5 octobre 2009 et une réplique finale de Globalive datée du 7 octobre 2009.
18. Le Conseil a examiné et évalué l'ensemble du dossier de cette instance, y compris la structure révisée, les documents révisés et les mémoires écrits et oraux de toutes les parties. On peut consulter sur le site Web du Conseil le dossier public complet de cette instance, lequel a été fermé le 7 octobre 2009. On peut y accéder à l'adresse www.crtc.gc.ca sous l'onglet *Instances publiques* ou au moyen des numéros de dossiers susmentionnés.

Régime de propriété et de contrôle canadiens

19. Le Conseil est chargé en vertu de la *Loi* de réglementer l'industrie des télécommunications au Canada afin de mettre en œuvre les objectifs de la politique énoncés dans la *Loi*, dont celui de promouvoir la propriété et le contrôle des entreprises canadiennes par des Canadiens cité à l'alinéa 7(d). De plus, des exigences spécifiques sur la propriété et le contrôle sont précisées à l'article 16 de la *Loi* et dans le *Règlement sur la propriété et le contrôle des entreprises de télécommunication canadiennes* (le *Règlement*)¹ [collectivement le régime de propriété et de contrôle].
20. Le paragraphe 16(1) de la *Loi* stipule que « Est admise à opérer comme entreprise de télécommunication l'entreprise canadienne qui est une personne morale constituée ou prorogée sous le régime des lois fédérales ou provinciales et est la propriété de Canadiens et sous contrôle canadien ». Le paragraphe 16(3) de la *Loi* stipule qu'une entreprise est la propriété de Canadiens et est contrôlé par ceux-ci si :
 - (a) au moins quatre-vingts pour cent des administrateurs sont des Canadiens;
 - (b) au moins quatre-vingts pour cent des actions avec droit de vote émises et en circulation sont la propriété effective, directe ou indirecte, de Canadiens, à l'exception de celles qui sont détenues à titre de sûreté uniquement;
 - (c) elle n'est pas par ailleurs contrôlée par des non-Canadiens.
21. Le paragraphe 2(1) de la *Loi* définit le terme « contrôle » comme une « situation qui crée une maîtrise de fait, soit directe, par la propriété de valeurs mobilières, soit indirecte, en particulier au moyen d'une fiducie, d'un accord, d'une entente ou de la propriété d'une personne morale ».
22. Le paragraphe 2(2) du *Règlement* définit le terme « Canadien », aux fins du *Règlement* et de l'article 16 de la *Loi*, comme étant notamment un citoyen qui est un résident habituel du Canada, un résident permanent dans certaines conditions et une personne morale qualifiée.
23. Une « personne morale qualifiée » est définie comme suit au paragraphe 2(1) du *Règlement* :

Personne morale dont les actionnaires qui sont des Canadiens détiennent dans l'ensemble la propriété effective et le contrôle d'au moins 66 2/3 pour cent des actions avec droit de vote émises et en circulation, à l'exception de celles qui sont détenues à titre de sûreté uniquement, et qui n'est pas par ailleurs contrôlée par des non-Canadiens.
24. Par conséquent, une étude en vertu du régime de propriété et de contrôle visant à savoir si une entreprise canadienne est la propriété de Canadiens et sous contrôle canadien et donc admise à opérer comme entreprise de télécommunication doit déterminer à la fois le contrôle de droit et le contrôle de fait.

¹ DORS/94-667, 25 octobre 1994

25. La *Loi* n'autorise pas le Conseil à permettre à une entreprise canadienne d'opérer comme entreprise de télécommunication si elle n'est pas la propriété de Canadiens et sous contrôle canadien. Le Conseil n'a pas le pouvoir d'accorder une approbation conditionnelle au vu de l'engagement de l'entreprise de se conformer à l'avenir.
26. Le Conseil fait remarquer que Globalive doit toujours satisfaire aux exigences du régime de propriété et de contrôle lorsqu'elle opère comme entreprise de télécommunication. La question soulevée dans la présente décision est de savoir si Globalive satisfait à ces exigences et est donc admise à opérer à ce titre.

Contrôle de droit

27. Comme il est indiqué ci-dessus, le contrôle de droit exige que :
 - au moins quatre-vingts pour cent des administrateurs soient des Canadiens;
 - au moins quatre-vingts pour cent des actions avec droit de vote émises et en circulation sont la propriété effective, directe ou indirecte, de Canadiens, à l'exception de celles qui sont détenues à titre de sûreté uniquement.
28. Le conseil d'administration de Globalive, sous la structure préalable à l'audience, était formé de sept personnes, dont six étaient canadiennes.
29. Selon sa structure préalable à l'audience², Globalive était la propriété à part entière de GCHC, une société appartenant elle-même à GIHC (66,67 % de l'intérêt avec droit de vote) et à Orascom Telecom Holding (Canada) Limited (Orascom) [33,33 % de l'intérêt avec droit de vote]. GIHC appartenait à trois actionnaires : AAL Holdings Corporation (AAL) [66,68 % de l'intérêt avec droit de vote], contrôlée par M. Lacavera; Orascom (32,02 % de l'intérêt avec droit de vote), contrôlée par M. Sawiris; et Mojo (1,30 % de l'intérêt avec droit de vote), contrôlée par M. O'Connor.
30. Orascom ne répond pas à la définition de « Canadien » au sens du Règlement. Par conséquent, aux fins du régime de propriété et de contrôle, Orascom est non Canadien.
31. En réponse aux préoccupations exprimées par le Conseil durant la phase avec comparution de l'audience publique, Globalive a révisé sa structure en éliminant sa société de portefeuille directe, GCHC, qui a été fusionnée avec GIHC. Par conséquent, Globalive appartient à part entière à GIHC. La participation des actionnaires reste inchangée. Le conseil d'administration de Globalive a été élargi à onze membres, dont au moins neuf doivent être Canadiens.
32. Toutes les actions avec droit de vote émises et en circulation de Globalive sont détenues par GIHC, une personne morale qualifiée du fait que 66,68 % de ses actions avec droit de vote émises et en circulation sont détenues par AAL, elle-même une personne morale qualifiée. De plus, Globalive satisfait à l'exigence relative aux membres de son conseil d'administration.

² Pour faciliter la consultation, des tableaux illustrant la structure préalable à l'audience et la structure révisée de Globalive sont présentés en annexe de la présente décision.

33. Par conséquent, le Conseil conclut que Globalive satisfait au critère de contrôle de droit.

Contrôle de fait

34. Comme il est indiqué dans la décision de radiodiffusion 2007-429 (la décision CanWest³) et appliqué dans la décision de radiodiffusion 2008-69 (la décision BCE⁴), le Conseil estime que le critère pertinent à l'évaluation du contrôle de fait a été énoncé dans la décision sur les Lignes aériennes Canadien⁵ de l'Office national des transports qui s'appelle aujourd'hui l'Office des transports du Canada. Dans cette décision, l'Office des transports du Canada a conclu que :

Il n'existe pas de définition standard de contrôle de fait, mais de façon générale, il peut être considéré comme le pouvoir ou la capacité, exercé ou non, de décider de l'orientation du processus décisionnel d'une entreprise sur ses activités. On peut également l'interpréter comme étant la capacité de gérer les activités quotidiennes d'une entreprise. Les actionnaires minoritaires et leurs administrateurs désignés ont normalement la capacité d'influencer une entreprise, ainsi que d'autres comme les banquiers et les employés. Mais l'influence, qui peut s'exercer de façon positive ou négative au moyen de droits de veto, doit être dominante ou déterminante pour qu'elle se traduise par un contrôle de fait.

35. L'Office des transports du Canada a poursuivi en disant que la détermination du contrôle de fait tient compte de facteurs individuels qui, pris ensemble, peuvent donner le contrôle à un actionnaire minoritaire :

Dans tous les examens et enquêtes antérieurs sur la propriété canadienne, l'Office a non seulement examiné les accords individuels entre les actionnaires et la compagnie aérienne pour déterminer où s'exerce le contrôle de fait, mais également tous les accords pris ensemble. Les accords individuels conclus entre l'actionnaire minoritaire et la compagnie aérienne peuvent aboutir à l'exercice d'un certain degré d'influence de la part de l'actionnaire minoritaire sur la compagnie. **Cette influence, dans le cadre d'un accord individuel, peut n'être pas déterminante et peut ne pas aboutir à l'exercice d'un certain degré d'influence de la part de l'actionnaire minoritaire sur la compagnie aérienne. Mais ces influences prises ensemble peuvent aboutir à l'exercice d'un certain degré d'influence de la part de l'actionnaire minoritaire, ce qui se traduit par un contrôle.** [c'est nous qui soulignons]

36. La détermination du contrôle de fait implique nécessairement l'étude des faits dans un cas donné. Par conséquent, les décisions antérieures du Conseil relatives à la propriété et au contrôle ne sont pas exécutoires ou déterminantes. Elles sont cependant utiles pour de futures interprétations et applications du critère de contrôle de fait.

³ CanWest MediaWorks Inc.

⁴ BCE Inc.

⁵ Décision n° 297-A-1993 de l'Office national des transports, 27 mai 1993

37. À la suite d'une analyse de tous les renseignements présentés dans le cadre de la présente instance, le Conseil estime que les sujets ci-dessous soulèvent des préoccupations relatives au contrôle de fait :

- la gouvernance de l'entreprise;
- les droits des actionnaires;
- les ententes commerciales conclues entre Globalive et des non-Canadiens;
- la participation économique de Globalive et des non-Canadiens.

Gouvernance de l'entreprise

38. Comme l'indiquent les décisions BCE et CanWest, certaines ententes relatives à la gouvernance de l'entreprise peuvent avoir des répercussions importantes sur le contrôle de fait. Dans le cas présent, les ententes pertinentes comprennent celles qui portent sur la composition des conseils d'administration, les dispositions relatives au quorum et la nomination des dirigeants.

A. Composition des conseils d'administration

39. Selon la structure préalable à l'audience, le conseil d'administration de Globalive était composé de sept administrateurs, dont six Canadiens. Tous les administrateurs étaient nommés par le conseil de GCHC, lequel était composé de sept administrateurs : quatre nommés par GIHC et trois nommés par Orascom. Finalement, le conseil d'administration de GIHC était composé de cinq administrateurs : deux nommés par AAL, deux nommés par Orascom et un administrateur indépendant, tel qu'il a été défini dans les ententes des actionnaires et les documents d'entreprise. L'administrateur indépendant était nommé par un comité de sélection composé d'un administrateur nommé par AAL, d'un administrateur nommé par Orascom et du président-directeur général (PDG) de Globalive.

40. Pendant la phase de comparution de l'audience publique, le Conseil et les parties comparantes ont soulevé certaines préoccupations concernant la composition des conseils d'administration. En ce qui concerne GIHC, le Conseil s'est inquiété du fait qu'Orascom et AAL comptent le même nombre d'administrateurs au conseil, et ce, même si AAL détenait la majorité des actions avec droit de vote. Bell Canada et RCI ont soutenu qu'Orascom avait plus d'influence qu'AAL dans le choix des membres du conseil d'administration de GIHC. Plus particulièrement, elles ont affirmé qu'Orascom pourrait effectivement choisir le cinquième membre du conseil, puisque M. Campbell, dont le vote était décisif au comité, avait précédemment entretenu une relation d'affaires avec Orascom. De plus, Bell Canada et RCI ont ajouté qu'Orascom avait encore plus d'influence au niveau de GCHC, car, en plus de compter trois représentants au conseil de GCHC, Orascom participait au choix des représentants de GIHC au conseil.

41. Tel que susmentionné, GCHC a été fusionnée avec GIHC. Selon la nouvelle structure, des changements ont été apportés à la composition des conseils d'administration de GIHC et de Globalive. Le conseil de GIHC est maintenant composé de onze administrateurs : quatre administrateurs nommés par AAL, quatre administrateurs nommés par Orascom et trois administrateurs indépendants. Le premier administrateur indépendant est choisi par AAL et tous ceux subséquemment choisis le seront par un comité de sélection composé de trois membres : l'administrateur indépendant ayant le plus d'ancienneté, un administrateur nommé par AAL et un administrateur nommé par Orascom. Le conseil de Globalive est fondamentalement identique à celui de GIHC, sauf pour ce qui est de l'exigence supplémentaire selon laquelle deux des représentants d'Orascom doivent être des résidents canadiens, comme le définissent l'entente des actionnaires et les documents de l'entreprise.
42. Au cours de la phase de comparution de l'audience publique, le Conseil a fait remarquer que, dans la décision BCE, il a estimé que non seulement il devait y avoir une majorité de Canadiens siégeant à ce conseil d'administration, mais que le nombre des représentants des actionnaires canadiens devait être suffisant pour contrebalancer l'influence importante des investisseurs non canadiens à ce conseil.
43. Les parties comparantes ont soutenu que la majorité des actionnaires canadiens devrait pouvoir nommer la majorité des membres des conseils d'administration. La STC a affirmé que les nominations aux conseils ne sont pas proportionnelles au nombre d'actionnaires votants. RCI a affirmé qu'AAL ne possédait pas le pouvoir de contrebalancer l'énorme intérêt financier d'Orascom et les nombreux leviers de contrôle de celle-ci. Bell Canada est demeurée préoccupée du fait que, selon la structure révisée, AAL n'a toujours qu'une voix sur trois au comité de sélection de l'administrateur indépendant.
44. Globalive a affirmé que sa structure révisée est conforme à la structure approuvée dans la décision Unitel⁶ et qu'elle empêche Orascom de contrôler le conseil. Globalive a également soutenu que, puisque la participation économique relative des actionnaires est grandement différente dans le cas présent par rapport à la transaction examinée dans la décision BCE, la décision ne favorise pas une plus grande représentation d'AAL aux conseils. Pour ce qui est du comité de sélection, Globalive a affirmé que les dispositions pertinentes sont telles que les deux actionnaires sont tenus d'accepter les administrateurs indépendants choisis par le comité.

Résultats de l'analyse du Conseil

45. Dans le cas présent, le Conseil estime que la structure révisée des conseils d'administration, y compris le rôle et la composition du comité de sélection, ne garantit pas que le nombre des représentants de l'actionnaire canadien est suffisant pour contrebalancer l'influence d'Orascom, un actionnaire non canadien. Afin de résoudre ce point, Globalive devrait modifier son entente des actionnaires et ses documents d'entreprise de façon à ce qu'à chacun des deux conseils d'administration, AAL nomme cinq administrateurs, Orascom en nomme quatre, et AAL et Orascom nomment chacune un administrateur indépendant. Il ne serait plus nécessaire d'avoir un comité de sélection.

⁶ *In the Matter of Unitel's Eligibility to Operate in Canada as a Telecommunications Common Carrier Pursuant to Section 16 of the Telecommunications Act*, lettre-décision du Conseil, 16 octobre 1996 (la décision Unitel)

B. Conditions pour assurer un quorum

46. Selon la structure préalable à l'audience, pour atteindre le quorum du conseil d'administration de GIHC, il fallait soit trois administrateurs, comprenant un administrateur indépendant et au moins un représentant d'AAL et un d'Orascom, ou quatre administrateurs, sans égard à leur provenance. De plus, la majorité des administrateurs présents devaient être des Canadiens indépendants, selon la définition des ententes des actionnaires. Le quorum de GCHC exigeait la présence d'une majorité de Canadiens indépendants et d'au moins cinq administrateurs, dont au moins deux représentants d'Orascom et deux de GIHC. Le quorum du conseil d'administration de Globalive exigeait une majorité de Canadiens indépendants et la présence d'au moins cinq administrateurs.
47. Selon l'entente des actionnaires révisée, le quorum exige la présence de neuf administrateurs, parmi lesquels au moins deux représentants d'AAL et deux d'Orascom. De plus, la majorité des administrateurs présents doivent être des Canadiens indépendants. Si le quorum ne peut être atteint, les administrateurs présents à une réunion re-convoquée constituent un quorum, à condition que la majorité des administrateurs présents soient des Canadiens indépendants.
48. Bell Canada a soutenu que, selon les règles révisées relatives au quorum du conseil d'administration de Globalive, Orascom pourrait avoir deux fois plus de représentants présents qu'AAL et exercerait donc un contrôle sur les questions donnant lieu à un vote.

Résultats de l'analyse du Conseil

49. À condition que les conseils d'administration soient reconstitués conformément au paragraphe 45 ci-dessus, le Conseil estime que les conditions révisées pour l'assurance du quorum garantissent que le nombre des représentants de l'actionnaire canadien est suffisant pour contrebalancer l'influence d'Orascom.

C. Nomination des membres de la direction

50. Selon la structure préalable à l'audience, le conseil d'administration de GCHC nommait deux co-présidents, un nommé par AAL et l'autre par Orascom. Les présidents de GIHC et de Globalive devaient être Bruno Ducharme et W.K. Michael, respectivement.
51. Dans leur premier mémoire, la STC et RCI ont exprimé leurs préoccupations concernant le fait que la présence de deux co-présidents, dont un étant représentant de l'actionnaire non canadien, pourrait avoir des implications sur le contrôle de fait. Plus précisément, la STC a fait remarquer qu'il n'existait pas de procédures détaillées relatives au processus décisionnel entre les deux co-présidents.
52. Au début de la phase avec comparution de l'audience publique, Globalive a présenté des révisions concernant les membres de la direction désignés. Les documents révisés prévoient que M. Lacavera sera le premier président de GIHC et de Globalive et que les présidents suivants seront choisis par les conseils d'administration respectifs et seront soit un

administrateur indépendant, soit M. Lacavera. En outre, les PDG de Globalive et de GIHC seront des Canadiens indépendants et seront nommés par leur conseil d'administration respectif et relèveront d'eux.

Résultats de l'analyse du Conseil

53. Le Conseil n'a pas d'objection à la nomination des membres de la direction selon la structure révisée.

Droits des actionnaires

A. Droits de liquidité

54. L'entente des actionnaires de GIHC préalable à l'audience contenait un certain nombre de mécanismes permettant aux parties de disposer de leurs actions ou de les transférer, y compris les droits de retrait d'AAL, les droits d'entraînement d'Orascom, les droits d'appel d'Orascom et les droits d'option de vente d'AAL. En résumé, ces droits de liquidité accordaient d'importants privilèges à Orascom, en particulier le pouvoir d'exiger qu'AAL quitte l'entreprise ou de l'obliger à vendre si Orascom décidait de disposer de ses avoirs.
55. Le Conseil a exprimé des préoccupations concernant l'influence que les droits de liquidité accordaient à Orascom en tant qu'actionnaire minoritaire avec droit de vote; les droits d'entraînement en particulier ne sont pas en accord avec la position d'AAL en tant qu'actionnaire majoritaire avec droit de vote. Les parties comparantes ont exprimé les mêmes préoccupations. La STC a soutenu que les droits d'entraînement permettaient à Orascom de vendre unilatéralement l'entreprise à un acheteur de son choix. RCI et Bell Canada ont fait remarquer que le droit d'exiger une vente est un pouvoir normalement accordé à un actionnaire dominant, accompagné d'un droit de vente conjointe pour le partenaire minoritaire.
56. Dans le document révisé, Globalive a retiré les droits énumérés ci-dessus et les a remplacés par un droit de liquidité mutuel, qui permet à AAL ou à Orascom de choisir de vendre ses avoirs dans l'entreprise, sous réserve d'un droit de premier refus par l'autre partie. Dans le cas d'AAL, l'entente des actionnaires prévoit un prix plancher garanti pour ses actions si elle décidait de vendre au cours d'une certaine période. Cette disposition prévoit également que, dans ces mêmes conditions, si AAL vend ses avoirs à un prix supérieur à leur juste valeur marchande, définie dans la convention, elle paiera la différence à Orascom.
57. Pendant la phase avec comparution de l'audience publique, le Conseil a exprimé ses préoccupations au sujet d'une disposition des droits de liquidité révisés qui donnent à AAL le droit de quitter l'entreprise à un prix plancher garanti. Plus précisément, le Conseil a fait remarquer que c'est traditionnellement l'actionnaire minoritaire avec droit de vote qui peut quitter à un prix garanti et non l'actionnaire dominant. Les parties comparantes ont dit craindre que les droits de liquidité révisés demeurent des indices de contrôle. RCI a soutenu que le prix de sortie garanti protège AAL contre tous les risques et que cette situation montre qui exerce le contrôle.

58. Globalive a répondu que les droits de liquidité sont des modalités commerciales normales négociées entre actionnaires et intégrées aux ententes afin de tenir compte de certaines éventualités, comme une impasse entre les actionnaires. Globalive a affirmé que ces droits n'ont absolument aucun impact sur le processus décisionnel opérationnel ou stratégique. Globalive a ajouté que le prix plancher garanti établi dans les droits de liquidité ne constitue pas une tentative d'éliminer le risque pour AAL, mais reflète plutôt l'inclusion d'une entreprise établie et florissante à titre de participation dans une jeune entreprise à haut risque et capitalistique. Globalive a soutenu que les parties comparantes n'ont pas établi de lien clair entre les droits de liquidité mutuels révisés et le contrôle des opérations quotidiennes de l'entreprise de services sans fil.

Résultats de l'analyse du Conseil

59. Le Conseil estime que les droits de liquidité figurant dans les documents révisés représentent une amélioration par rapport à la kyrielle des droits accordés au départ à Orascom en tant qu'actionnaire minoritaire avec droit de vote. Il n'en demeure pas moins que les droits de liquidité, même sous leur forme révisée, donnent une indication de l'influence d'Orascom sur l'entreprise. La spécification d'un prix plancher et l'imposition d'un plafond sur le produit de la vente éventuelle des actions d'AAL ne va pas dans le sens des intérêts avec droit de vote relatifs des actionnaires.

B. Acheteurs admissibles

60. Tant les ententes des actionnaires préalables que révisées prévoient que les actionnaires ne peuvent vendre leurs actions que, conformément à une offre écrite d'un acheteur admissible, défini dans la convention. Pour répondre à cette définition, l'acheteur ne peut être un concurrent stratégique, défini comme une personne qui exploite une entreprise de télécommunication ou offre des services de télécommunication, filaires ou sans fil.
61. La STC a soutenu que la définition d'acheteur admissible contenue dans l'entente des actionnaires réduit le bassin d'acheteurs potentiels. Bell Canada a soutenu que l'actionnaire dominant majoritaire devrait avoir le droit de vendre l'entreprise et que l'exclusion des concurrents stratégiques devrait être retirée. À la demande du Conseil, Bell Canada a fait valoir que la définition de concurrent stratégique devrait être modifiée afin d'inclure seulement les compagnies qui exploitent une entreprise de télécommunication ou fournissent des services sans fil au Canada et qui obtiennent au moins 20 % de leurs revenus de la fourniture de ces services.
62. Globalive a répondu que la restriction concernant les acheteurs admissibles a pour but d'empêcher que les autres actionnaires soient obligés d'établir un lien avec un concurrent et que les actionnaires peuvent renoncer à cette restriction. D'autre part, toutes les dispositions sur les ventes font l'objet de droits importants de premier refus en faveur de l'actionnaire non vendeur.

Résultats de l'analyse du Conseil

63. Le Conseil estime que la capacité de l'investisseur sortant à trouver un acheteur qui lui convient est une question importante. Le Conseil craint que la définition d'acheteur admissible limite le bassin d'acheteurs potentiels aux investisseurs financiers et restreigne la capacité de l'actionnaire majoritaire avec droit de vote à vendre la totalité ou une partie de ses actions. Le Conseil estime que la proposition de Bell Canada est indûment restrictive, car elle englobe d'autres soumissionnaires de SSFE acceptés qui sont de nouveaux venus. De plus, le Conseil fait remarquer que le cadre stratégique d'Industrie Canada sur les SSFE prévoyait que seules les entités ayant une participation inférieure à 10 % du marché national du sans fil étaient admises à soumissionner pour le spectre réservé dans ces enchères.
64. Par conséquent, le Conseil estime que Globalive devrait modifier la définition de concurrent stratégique afin de n'inclure que les entités qui, avec les affiliées, détiennent une participation supérieure à 10 % du marché canadien des services sans fil en fonction des revenus par abonné.

C. Droits de veto

65. L'annexe A des ententes des actionnaires préalables à l'audience exposait des questions spéciales nécessitant le consentement des actionnaires. Des dispositions de la partie I de l'annexe A exigeaient une approbation par 75 % des actionnaires, tandis que des dispositions de la partie II exigeaient l'approbation d'Orascom. Étant donné les structures de l'entreprise, préalable et révisée, selon lesquelles Orascom détenait 33,33 % des actions avec droit de vote de GCHC et détient 32,02 % des actions avec droit de vote de GIHC, Orascom détient un droit de veto effectif sur tous les articles contenus dans les parties I et II de l'annexe A.
66. Au cours de la phase de comparution de l'audience, le Conseil a exprimé ses préoccupations à l'égard de bon nombre de ces droits de veto. Concernant les seuils financiers rattachés à certains de ces droits de veto, le Conseil a noté que les seuils en dollars se situaient sous le seuil établi dans les décisions CanWest et BCE (5 % de la valeur d'affaire de l'entreprise).
67. Les parties comparantes et Shaw ont toutes allégué que les droits de veto constituaient des indicateurs de contrôle et qu'ils conféraient à Orascom un degré d'influence déraisonnable sur les activités d'une entreprise canadienne. Bell Canada a fait valoir que les droits de veto s'exerçaient sur toute dépense d'opération fondamentale et qu'ils permettaient à Orascom de dicter toutes les décisions opérationnelles importantes. La STC a quant à elle fait valoir que les droits de veto donnaient un degré d'influence inacceptable à Orascom.
68. L'entente des actionnaires de GIHC a été modifiée de sorte qu'elle comprenne une exception relative à « l'exercice des activités normales » de l'entreprise pour certains droits de veto dont bénéficie Orascom en vertu de la partie II de l'annexe A. Globalive a également ajouté une exemption au droit de veto visant l'émission de nouvelles actions afin de permettre la mise en place d'un régime d'option d'achat d'actions à l'intention des employés. Globalive a élevé les seuils relatifs aux droits de veto à 22,1 millions de dollars, ou 5 % de la valeur du

spectre octroyé conformément aux enchères des SSFE. Globalive a affirmé que, comme elle n'est pas encore en exploitation et que sa valeur d'affaires est difficile à établir, il est tout à fait judicieux de prendre 5 % de la valeur du spectre comme valeur de référence pour ce qui est des seuils relatifs aux droits de veto.

69. Le Conseil a exprimé ses préoccupations à l'égard du fait que ces seuils révisés pourraient être inadéquats. RCI a fait valoir que les droits de veto d'Orascom en vertu des parties I et II lui procurent toujours un contrôle négatif envahissant sur la majorité des actionnaires canadiens. RCI demeure préoccupée à l'égard du fait que les seuils monétaires associés à ces droits de veto soient trop bas. La STC a fait valoir que la révision de ces seuils ne diminuait en rien l'influence dont jouit Orascom.
70. Globalive a affirmé que les droits de veto des actionnaires minoritaires sont conformes aux décisions antérieures du Conseil et qu'ils ont été instaurés à des fins de protection pour les investisseurs minoritaires. Selon Globalive, les seuils accrus sont suffisamment élevés pour garantir qu'Orascom ne puisse contrôler le domaine du sans fil. En résumé, Globalive a affirmé que les droits de veto respectent les précédents en matière de décision du Conseil et qu'ils ne confèrent pas un contrôle de fait sur l'exploitation de Globalive.

Résultats de l'analyse du Conseil

71. Le Conseil fait remarquer que les modifications apportées aux droits de veto sont considérables. L'ajout d'une exception relative à l'exercice normal des activités de l'entreprise constitue un pas important vers l'élimination des préoccupations selon lesquelles les droits de veto permettent à Orascom d'exercer son influence sur les activités du domaine du sans fil. Toutefois, le Conseil estime que la valeur du spectre ne constitue pas un fondement sur lequel s'appuyer pour établir le seuil de 5 %. Le Conseil est d'avis que la valeur d'affaire de Globalive est une mesure plus appropriée.
72. Par conséquent, la valeur monétaire des droits de veto devrait être fixée à 5% de la valeur d'affaire de Globalive telle qu'elle est fixée par son conseil aux deux ans, d'après la valeur établie par un tiers.

Ententes commerciales entre Globalive et des non-Canadiens

73. Orascom et Globalive ont conclu une entente de services techniques datée du 17 février 2009 (l'EST). De plus, Globalive a conclu deux autres ententes pour des services de consultation : une entente de gestion et de consultation stratégique avec AAL et une entente modifiée pour des services de consultation en télécommunication avec Mojo. Finalement, Globalive et WIND Telecomunicazioni SpA (WIND), une affiliée d'Orascom, ont conclu un accord sur l'utilisation d'une marque de commerce daté du 10 août 2009.

A. Entente de services techniques

74. Le Conseil a revu les trois ententes et conclut que seule l'EST soulève des préoccupations à l'égard du contrôle de fait, en raison de la nature stratégique des services fournis et du fait que ces derniers sont fournis par le principal actionnaire non canadien et principal prêteur de Globalive.
75. Voici quelques-uns des services qu'Orascom devra fournir à Globalive, conformément à l'EST :
- conception de l'architecture du réseau de Globalive et de sa capacité réseau;
 - mise en œuvre du réseau;
 - choix du vendeur et achat de l'équipement du réseau;
 - négociation d'ententes d'acquisition avec des vendeurs internationaux et locaux;
 - assurance de la conformité à la réglementation;
 - lancement de nouveaux produits et services.
76. Dans les observations écrites qu'elles ont soumises avant la phase de comparution de l'audience publique, les parties comparantes et Shaw ont dit craindre que l'EST permette à Orascom de contrôler Globalive. Elles ont mentionné le rôle important qu'Orascom a joué dans la conception et la mise en œuvre du réseau, qui est l'une des composantes les plus stratégiques des activités de Globalive, ainsi que dans le choix du vendeur.
77. La STC a souligné que l'investissement d'Orascom dans Globalive était conditionnel à l'accord des autres investisseurs quant à l'exécution de l'EST par Globalive. La STC a fait valoir que, étant donné que les droits reposaient sur un coût fixe plutôt que sur un coût établi par service, et qu'ils devaient être acquittés peu importe que le service soit utilisé ou non, Globalive serait contrainte à faire appel à l'expertise technique d'Orascom ou à payer deux entités si l'expertise technique était fournie par une autre partie.
78. Au cours de la phase de comparution de l'audience publique, les parties comparantes ont fait valoir que, puisque AAL n'avait de l'expérience que dans le filaire au Canada, Globalive devrait se tourner vers son investisseur non canadien pour des conseils et du soutien technique, et serait ainsi assujettie à l'influence permanente de ce dernier. Elle a allégué que l'expérience acquise par Orascom dans l'industrie du sans fil dans 14 pays, conjuguée à la taille⁷ et à la prospérité de cette entreprise, ferait qu'il serait difficile pour Globalive d'ignorer les recommandations d'Orascom.

⁷ Les revenus pour le sans fil d'Orascom et de ses affiliées étaient de 5,3 milliards de dollars en 2008, tandis que les revenus de télécommunications de Globalive en 2008 n'étaient que légèrement supérieurs à 120 millions de dollars.

79. Tout au long de l'instance, Globalive a contesté l'affirmation selon laquelle l'EST avait pour effet de procurer à Orascom le contrôle sur les décisions techniques stratégiques clés, mentionnant divers exemples où Globalive s'en remettait à l'expertise de télécommunication de ses employés canadiens, elle qui en compte plus de 200. Globalive a indiqué que l'élément singulier le plus important de l'EST était l'avantage économique conféré à Globalive relativement à l'achat des divers éléments du réseau (allant jusqu'aux combinés) au prix qu'Orascom paierait, soit à un prix bien inférieur à celui que Globalive aurait autrement eu à payer.
80. Au cours de la phase de comparution de l'audience publique, Globalive a indiqué que les trois ententes de consultation visaient un double objectif : permettre à Globalive de recevoir des services de consultation des sociétés actionnaires de façon rentable, tout en procurant aux actionnaires un rendement économique au pro rata sur leur investissement.
81. Globalive a présenté une EST révisée qui lui confère le droit unilatéral de mettre un terme à l'EST en tout temps et quelle que soit la raison. Dans l'éventualité d'une annulation de l'EST, Globalive et Orascom concluraient une entente subséquente en vue de fournir à Orascom les mêmes avantages financiers que ceux dont elle tirait profit avec l'EST. Globalive a admis qu'on pourrait la percevoir comme étant liée à une entente de long terme concernant le déploiement de son réseau, mais a fait valoir que, en négociant le droit de mettre un terme à l'EST, elle avait contré une telle perception.

Résultats de l'analyse du Conseil

82. Le Conseil admet que l'EST a un double objectif. D'une part, cette entente permet à Globalive de profiter de l'importante expertise que possède Orascom dans le domaine de l'exploitation du sans-fil, et d'avoir accès au pouvoir d'achat global et privilégié de la firme. D'autre part, elle permet à Orascom de tirer certains avantages financiers. Le Conseil fait remarquer que, aux termes de l'EST révisée, Globalive doit payer un montant fixe à Orascom, que les services soient rendus ou non, et si elle résilie l'entente, elle devra lui verser, selon les circonstances, un montant qui sera alors négocié ou 100 millions de dollars, moins les montants déjà versés.
83. Le Conseil ajoute que l'EST confère à Globalive des avantages qui constituent des éléments déterminants de sa réussite. C'est d'ailleurs cette dépendance de Globalive qui définit la relation entre les deux entreprises et qui permet à Orascom d'orienter un large éventail de décisions en matière de fonctionnement et de stratégies.
84. Étant donné que Globalive tire de grands avantages de l'EST, le Conseil est d'avis que, dans l'avenir prévisible, Globalive conservera l'entente. Ainsi, le Conseil estime qu'Orascom continuera d'exercer une influence sur les décisions d'ordre opérationnel et stratégique liées au réseau de Globalive.

B. Accord sur l'utilisation d'une marque de commerce

85. Aux termes de l'Accord sur l'utilisation d'une marque de commerce, Globalive dispose d'une licence l'autorisant à utiliser la marque de commerce WIND pour ses services au Canada. Les affiliées d'Orascom utilisent cette marque de commerce en Grèce et en Italie. WIND est sous le contrôle de Weather Investments S.p.A., actionnaire majoritaire d'Orascom.
86. Les parties comparantes ont dit craindre que, si l'Accord était de courte échéance ou que si WIND avait la possibilité de résilier l'Accord à bref préavis, Globalive pourrait devoir cesser d'utiliser la marque de commerce sous laquelle ses produits sont connus dans le marché et à en trouver une nouvelle, qui ne serait pas connue.
87. Globalive a précisé que l'Accord ne constitue qu'un moyen rentable, pour elle, d'exploiter une marque de commerce établie, de renommée internationale, dans le domaine du sans fil.

Résultats de l'analyse du Conseil

88. D'après les renseignements que Globalive a déposés à titre confidentiel et d'après les discussions tenues à huis clos lors des comparutions dans le cadre de l'audience publique, le Conseil n'a pas de réserves face aux modalités de l'Accord et aux dispositions relatives à la résiliation.
89. Toutefois, le Conseil établit que Globalive, en adoptant et en utilisant une marque de commerce qui appartient à une affiliée d'Orascom, permet à Orascom (ou à son actionnaire majoritaire) d'exercer une influence sur elle parce qu'Orascom peut restreindre l'utilisation qui est faite de la marque de commerce en question.

Participation économique de Globalive et de non Canadiens

A. Participation dans les capitaux propres

90. La participation globale des actionnaires est la même aux termes de la structure préalable à l'audience et de la structure révisée. Combinées, les actions avec droit de vote et les actions sans droit de vote qu'Orascom détient dans GIHC représentent 65,1 % de tous les capitaux propres de Globalive.
91. La STC a fait valoir que l'importance même de la participation d'Orascom dans Globalive est un facteur très pertinent à la question du contrôle de fait. RCI a dénoncé le fait que les seuls capitaux propres qu'AAL avait injectés se limitaient à ses activités dans le secteur filaire et qu'aucune partie autre qu'Orascom n'avait réellement investi de nouveaux capitaux.
92. Globalive a indiqué qu'Orascom détenait essentiellement des actions sans droit de vote et que ses avoirs étaient conformes aux décisions antérieures en radiodiffusion et en télécommunication.

Résultats de l'analyse du Conseil

93. Il est fondamental, pour le Conseil, d'analyser la participation dans les capitaux propres pour se prononcer sur le contrôle de fait. Tel que l'a précisé l'Office des transports du Canada dans la décision sur les Lignes aériennes Canadien, « [p]lus la participation est importante, plus grande est la probabilité que le détenteur de la participation sera en mesure d'exercer le contrôle de fait. Cette question prend une importance capitale lorsque la participation atteint ou dépasse 50 p. 100 »⁸.
94. La participation d'Orascom s'établit à 65,1 %, ce qui respecte les niveaux d'investissements non canadiens que le Conseil a approuvés antérieurement⁹. Le Conseil estime que, dans les circonstances de l'affaire qui l'occupe, le niveau de participation financière laisse place à l'exercice d'une influence, mais l'existence de cette possibilité ne suffit pas, à elle seule, à transformer l'influence en contrôle.

B. Accords de financement

95. Orascom est le principal créancier de Globalive. Orascom lui a avancé 442,4 millions de dollars aux termes d'un contrat de prêt pour l'achat de fréquences daté du 31 juillet 2008 et lui a garanti une somme supplémentaire de 66 millions de dollars aux termes d'un contrat de prêt d'exploitation daté du 23 mars 2008, soit un engagement total de 508,4 millions de dollars (collectivement les accords de prêts d'Orascom). En plus des prêts consentis par Orascom, GCC, filiale à part entière de GIHC, a consenti un prêt de 400 000 \$ à Globalive aux termes d'un contrat de prêt daté du 14 avril 2008.
96. D'après les contrats de prêts préalables à l'audience, les montants étaient exigibles en totalité en août 2011, y compris une échéance initiale et des prolongations. Le taux d'intérêt était fixé au taux LIBOR¹⁰ plus 12 % pour l'échéance initiale, au taux LIBOR plus 15 % pour la première prolongation et au taux LIBOR plus 18 % pour la deuxième prolongation.
97. Les contrats de prêts préalables à l'audience comprenaient des articles relatifs au contrôle de fait. Plus précisément, l'article 7.2 autorisait Orascom à s'appropriier les fonds de Globalive en cas de défaut et l'article 8 prévoyait une indemnité générale à l'endroit d'Orascom. L'article 5.2 comprenait des clauses restrictives, notamment les suivantes :
- 5.2a), clause interdisant à Globalive de contracter des dettes supérieures à 20 millions de dollars, sauf si l'emprunt vise à réduire le montant des prêts ou à payer des montants exigibles;

⁸ Décision Lignes aériennes Canadien, page 18

⁹ Dans la décision CanWest, GS Capital Partners (l'actionnaire non canadien) détenait 65 % du capital-actions de CW Investments Co. Dans la décision de radiodiffusion 2004-284, HMTF, société en nom collectif, a injecté 65 % des capitaux propres nécessaires pour financer l'acquisition de Persona Communications Inc. Enfin, dans la lettre d'autorisation A98-0061, le Conseil a approuvé la restructuration de Fundy Communications Inc. (FCI), où 62,3 % des actions ordinaires émises étaient détenues par Harvard Private Capital Holdings Inc. et Alta, deux entreprises non canadiennes.

¹⁰ Taux interbancaire offert à Londres

- 5.2d), clause interdisant à Globalive de répartir les revenus de l'entreprise autrement que pour payer les salaires attribuables au cours normal des activités de l'entreprise;
- 5.2g), clause interdisant à Globalive d'effectuer des dépenses en capital supérieures à 10 millions de dollars sans le consentement d'Orascom;
- 5.2j), clause interdisant à Globalive d'autoriser ou de tolérer un changement de contrôle.

98. Dans les observations écrites qu'elles ont soumises avant l'audience, les parties comparantes se sont dites préoccupées par l'ampleur des prêts accordés par Orascom ainsi que par les modalités et les taux d'intérêt applicables. Elles ont également affirmé avoir des préoccupations à l'égard des clauses restrictives, soutenant que ces clauses pourraient servir de leviers de contrôle pour les actionnaires non canadiens.
99. Le 29 septembre 2009, après les deux premiers jours de comparution dans le cadre de l'audience publique, Globalive a déposé des accords modifiant les contrats de prêts d'Orascom. Dans les accords modificateurs, les taux d'intérêt demeurent inchangés, mais l'emprunteur peut prolonger le prêt d'une durée supplémentaire de 36 mois à partir de la date d'appel d'août 2011. De plus, les articles 5.2, 7.2 et 8 sont supprimés en totalité des contrats de prêts originaux¹¹.
100. Le 2 octobre 2009, après la fin des comparutions à l'audience publique, Globalive a déposé de nouveaux accords modificateurs afin de supprimer l'article 7.1f) des contrats de prêts d'Orascom. Cet article prévoyait un cas de défaut lorsque survenait un événement qui, de l'avis raisonnable d'Orascom, entraînait ou risquait raisonnablement d'entraîner des conséquences préjudiciables importantes.
101. Les parties comparantes demeuraient d'avis que les contrats de prêts révisés constituaient encore des leviers de contrôle pour Orascom. Selon elles, il est improbable que Globalive parvienne à s'acquitter de sa dette envers Orascom dans un avenir prévisible ou à s'assurer d'autres sources de financement, si bien qu'Orascom exploitera cette dépendance pour exercer un contrôle sur Globalive. RCI a d'ailleurs fait remarquer que l'entente des actionnaires comportait des clauses semblables à celles qu'Orascom a perdues dans les contrats de prêts, de sorte qu'Orascom a essentiellement maintenu sa position de contrôle.
102. Globalive a fait valoir que ses accords financiers ne confèrent aucun droit à Orascom en matière de décisions concernant les stratégies ou les activités de l'entreprise. Quant à sa dette envers Orascom, Globalive a indiqué qu'aucune loi n'interdit à Orascom de détenir une part importante des titres de créance de Globalive. Globalive a ajouté qu'elle avait déjà obtenu des engagements financiers de plus de 100 millions \$US de la part de tiers vendeurs, engagements qui sont supérieurs à ses obligations envers Orascom.

¹¹ L'article 5.1, qui prévoyait quelques clauses comportant obligation de faire, a également été supprimé.

103. Globalive a soutenu que l'idée voulant que la dette en soi constitue un instrument de contrôle n'est pas fondée et qu'un levier n'en est pas véritablement un à moins qu'il ne permette à la personne qui s'en sert d'atteindre un résultat précis. Globalive a fait valoir que le prêteur dispose de trois principaux moyens d'exercer un contrôle au moyen de la dette. Le prêteur peut : i) soit prévoir des clauses positives ou négatives qui limitent certains comportements et qui, en cas d'inconduite, pourraient lui permettre de réclamer le remboursement de la dette; ii) soit prévoir des droits de conversion en actions participantes; et iii) soit utiliser le prêt, s'il est considérable, comme une épée de Damoclès à l'endroit du conseil d'administration. Globalive a écarté les deux premiers exemples, soutenant qu'ils sont inapplicables dans l'affaire en cause. Quant au dernier levier possible, Globalive a fait valoir qu'il ne présentait plus d'inquiétude étant donné qu'Orascom ne peut pas réclamer le remboursement des prêts et que Globalive peut prolonger jusqu'en août 2014 l'échéance des prêts qu'Orascom lui a consentis.

Résultats de l'analyse du Conseil

104. Le Conseil admet que la loi ne prévoit aucune restriction quant au montant des créances qu'une entité non canadienne peut avoir sur une entreprise de télécommunication canadienne. Toutefois, l'ampleur de la dette et les accords de financement par emprunt peuvent révéler d'importants indices sur la source d'influence. En effet, si les créances et les capitaux propres sont concentrés dans les mains d'une seule entité étrangère, l'entité non canadienne pourrait avoir l'occasion d'exercer une influence indue sur l'entreprise canadienne, comme il est précisé dans la décision CanWest :
- « Le Conseil s'inquiétait du fait suivant : si, en plus de la participation détenue par GSCP, Goldman, Sachs & Co. devenait le principal agent de la syndication de la dette ou le principal créancier selon n'importe quelle entente de prêt, cette situation pouvait donner une influence indue à un non Canadien¹². »
105. Dans le cas de la décision CanWest, l'actionnaire non canadien, qui détenait 65 % des capitaux propres avait également une bonne part de la créance sur CanWest. Avant la tenue des comparutions dans le cadre de cette instance, le Conseil avait exprimé des réserves à l'égard du taux d'endettement proposé et, lors des comparutions, CanWest avait confirmé que la créance que détenait l'investisseur non canadien avait été réduite et s'établissait alors à moins de 20 % et que Goldman, Sachs & Co. ne serait pas le principal agent de syndication.
106. Dans le cas présent, Orascom, le principal actionnaire non canadien, a consenti environ 99 % des prêts constituant la dette actuelle de Globalive, à l'exclusion d'un certain financement provenant de tiers vendeurs, qui représente la grande majorité du financement total de Globalive.
107. Lorsque les créances et les capitaux propres sont concentrés dans les mains d'une seule entité, la possibilité d'exercer une influence existe, mais dans des circonstances comme celle-ci, où la compagnie est largement financée par emprunt, le créancier peut exercer une influence considérable sur l'entreprise.

¹² Paragraphe 52 de la décision CanWest. GSCP était une filiale de Goldman, Sachs & Co.

108. En raison de l'ampleur du prêt consenti par Orascom, du financement par emprunt par rapport au financement par actions et du fait que la créance est détenue par une seule entité, le Conseil craint que les prêts ne constituent une source d'influence pour Orascom. Les modifications apportées aux clauses restrictives et aux modalités des prêts ne contribuent guère à atténuer ces craintes. De plus, le Conseil fait remarquer que l'annexe A de la convention des actionnaires comporte toujours des clauses restrictives semblables à celles qui ont été supprimées des contrats de prêts d'Orascom.
109. Outre les craintes mentionnées ci-dessus, le Conseil estime que l'incapacité d'une compagnie à obtenir un financement de sources tierces peut également être un élément pertinent à la question du contrôle de fait. Tel qu'il est précisé dans la décision Unitel, [traduction] « dans certaines circonstances, il serait sans doute possible de conclure qu'un actionnaire ou un prêteur non canadien exerce un poids considérable, voire un contrôle, sur une entreprise de télécommunication à court d'argent ¹³».
110. Lors des comparutions dans le cadre de l'audience publique, Globalive a précisé qu'Orascom et AAL avaient prévu recourir essentiellement à de l'aide extérieure pour financer Globalive. Toutefois, après la conclusion de la vente aux enchères du spectre pour les SSFE, alors que le moment était venu pour Globalive de faire des démarches afin d'obtenir du financement externe qui devait remplacer les prêts consentis par Orascom, le marché du crédit a connu un déclin marqué. Orascom a affirmé qu'elle n'entendait pas demeurer le principal créancier de Globalive et qu'elle était résolue à transférer les prêts à un tiers. Néanmoins, pour le moment, Orascom demeure la principale source de financement de Globalive à court terme.
111. Lors des comparutions, Globalive a affirmé que le lancement d'une entreprise nationale de services sans fil nécessite un investissement en capital qui dépasse largement un milliard de dollars. Globalive a déjà réuni environ 600 millions de dollars, mais elle aura besoin d'autres capitaux importants pour terminer l'installation de son réseau. Le Conseil estime que Globalive risque fort bien de dépendre encore plus de l'aide financière d'Orascom à court terme puisqu'elle n'a pas réussi, à ce jour, à dénicher des investissements considérables de tiers.
112. Le Conseil estime qu'une telle concentration de dette entre les mains d'Orascom, représentant la grande majorité de la valeur d'entreprise de Globalive, confère à Orascom une influence sur Globalive. Compte tenu de la participation d'Orascom dans Globalive, un tel niveau d'endettement entre les mains d'un non Canadien est inacceptable.

Conclusion

113. Le Conseil estime que chacun des facteurs abordés ci-dessus permet à Orascom, un non Canadien, d'exercer une influence sur Globalive. Exercés seuls, les points d'influence ne traduiront peut-être pas l'exercice d'un contrôle; mais exercés ensemble, ils peuvent permettre l'exercice d'un contrôle de fait.

¹³ Décision concernant Unitel (pp. 29-30, version originale)

114. Tel qu'il est indiqué précédemment, on conclut à l'existence du contrôle de fait uniquement lorsque l'influence exercée est dominante ou déterminante. Plus précisément, il s'agit d'établir s'il y a pouvoir ou capacité, exercé ou non, de décider de l'orientation du processus décisionnel de l'entreprise sur ses activités ou de gérer les activités quotidiennes de l'entreprise.
115. Globalive a apporté de nombreux changements importants à la structure et aux documents de l'entreprise afin de corriger bon nombre des préoccupations cernées par le Conseil. Dans la présente décision, le Conseil a relevé d'autres changements que l'entreprise doit apporter pour régler quelques problèmes qui subsistent en ce qui concerne l'influence qu'Orascom exerce sur Globalive. Ces modifications portent sur la composition des conseils d'administration, les droits liés à la liquidité et le seuil lié aux droits de veto.
116. Nonobstant ces changements supplémentaires, il subsiste de grandes inquiétudes à l'égard du contrôle de fait qu'Orascom exerce sur Globalive. Dans le cas présent, le dossier indique qu'Orascom, un non Canadien :
- détient deux tiers des capitaux propres de Globalive;
 - constitue la principale source d'expertise technique;
 - permet à Globalive d'utiliser une marque de commerce établie dans le secteur du sans fil.
117. Compte tenu des changements apportés pendant l'audience publique et en supposant que les autres changements indiqués dans la présente décision soient réalisés, ces éléments pris ensemble, bien qu'importants, ne permettraient pas au Conseil, dans les circonstances particulières à ce cas, de conclure qu'Orascom exerce une influence qui est à la fois dominante et déterminante.
118. Par contre, lorsqu'il examine ces effets parallèlement au fait qu'Orascom assure la grande majorité du financement par emprunt de Globalive, le Conseil établit qu'il lui est impossible de conclure que Globalive n'est pas, de fait, sous le contrôle d'un non Canadien, en l'occurrence Orascom. Autrement dit, le Conseil conclut qu'Orascom possède, en tout temps, le pouvoir de décider de l'orientation du processus décisionnel de Globalive sur les activités de l'entreprise.
119. Compte tenu de ce qui précède, le Conseil établit que Globalive est contrôlée de fait par Orascom, un non Canadien. Par conséquent, le Conseil conclut que Globalive ne répond pas aux exigences énoncées à l'article 16 de la *Loi* et qu'elle n'est pas actuellement admise à opérer comme entreprise de télécommunication canadienne.

Secrétaire général

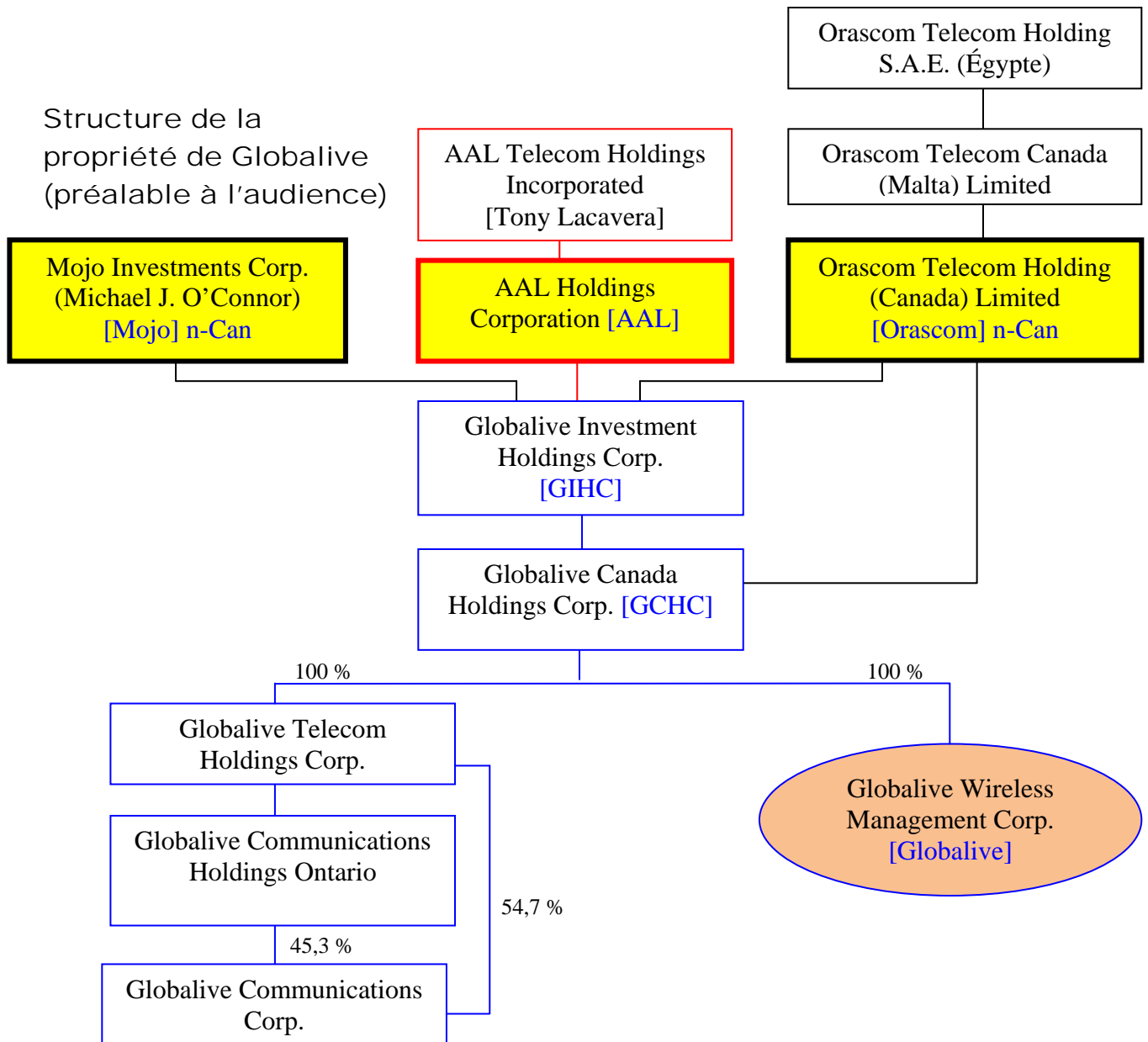
Documents connexes

- *Instance visant à vérifier si Globalive répond aux critères en matière de propriété et de contrôle*, Avis de consultation de télécom CRTC 2009-429, 20 juillet 2009, modifié par l'Avis de consultation de télécom CRTC 2009-429-1, 21 juillet 2009

- *Procédure d'examen de propriété et de contrôle canadiens*, Politique réglementaire de télécom CRTC 2009-428, 20 juillet 2009
- *Appel aux observations – Procédure d'examen de propriété et de contrôle canadiens aux termes de l'article 16 de la Loi sur les télécommunications*, Avis de consultation de télécom CRTC 2009-303, 22 mai 2009
- *Transfert du contrôle effectif de BCE Inc. à une société devant être constituée et changement consécutif dans la propriété de CTVglobemedia Inc.*, Décision de radiodiffusion CRTC 2008-69, 27 mars 2008
- *Transfert du contrôle effectif des sociétés de radiodiffusion d'Alliance Atlantis Broadcasting Inc. à CanWest MediaWorks Inc.*, Décision de radiodiffusion CRTC 2007-429, 20 décembre 2007
- *Changement de contrôle effectif*, Décision de radiodiffusion CRTC 2004-284, 21 juillet 2004, modifiée par la Décision de radiodiffusion CRTC 2004-284-1, 26 juillet 2004

Ce document est disponible, sur demande, en média substitut, et peut également être consulté en version PDF ou en HTML sur le site Internet suivant : <http://www.crtc.gc.ca>

Structure de la propriété de Globalive (préalable à l'audience)



GIHC actions et capitaux

Actions avec droit de vote : 1,30 % Mojo; 66,68 % AAL;
32,02 % Orascom

Actions sans droit de vote : 0% Mojo; 0% AAL;
100 % Orascom

Capitaux propres : 1,00 % Mojo; 51,40 % AAL;
47,60 % Orascom

GIHC conseil d'administration (5)

(2) AAL
(2) Orascom
(1) administrateur indépendant

GCHC conseil d'administration (7)

(4) GIHC
(3) Orascom

GCHC actions et capitaux

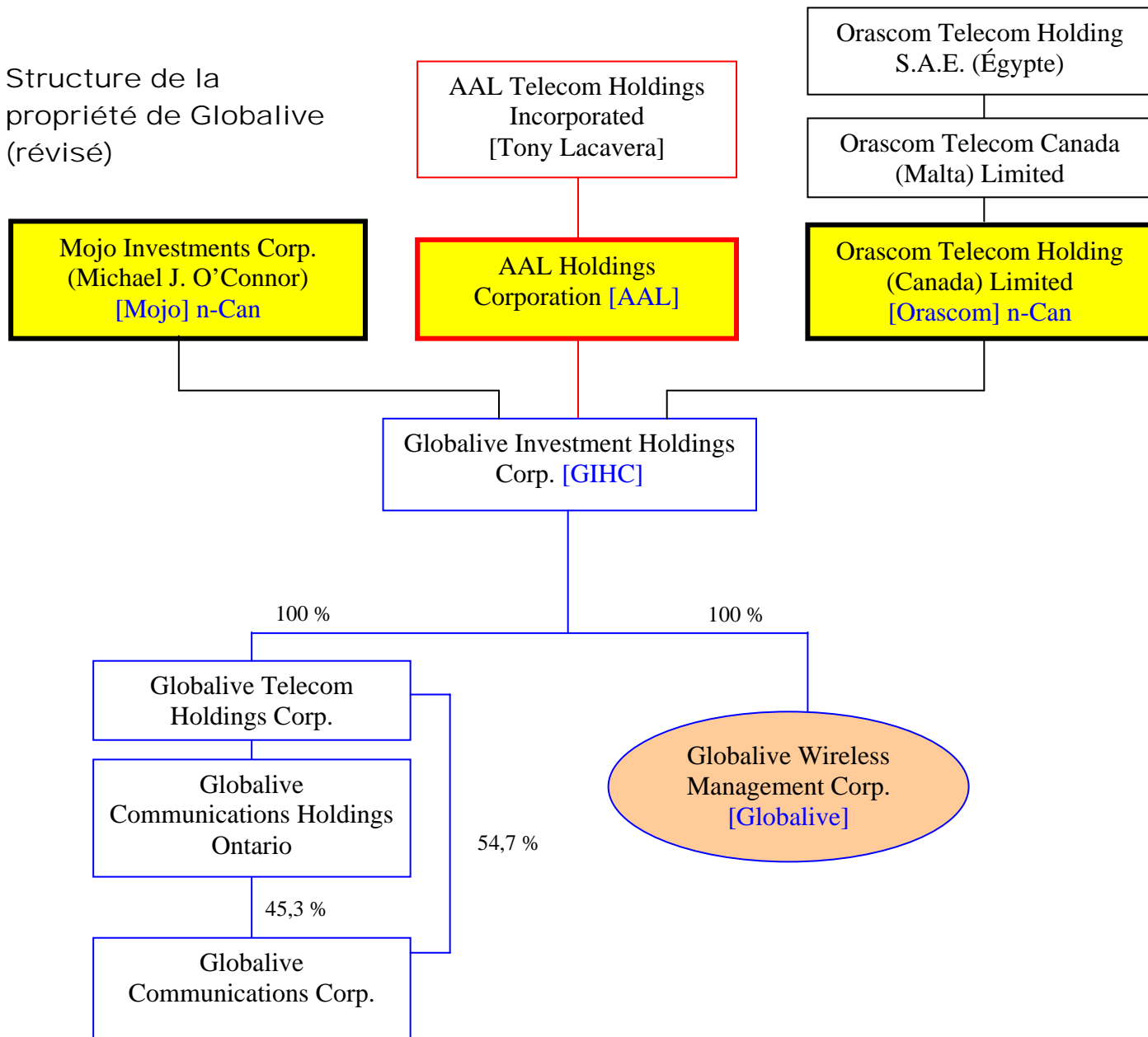
Actions votantes : 66,67 % GIHC; 33,33 % Orascom

Capitaux propres : 66,67 % GIHC; 33,33 % Orascom

Globalive conseil d'administration (7)

(7) GCHC

Structure de la propriété de Globalive (révisé)



GIHC actions et capitaux

Actions avec droit de vote: 1,30 % Mojo; 66,68 % AAL; 32,02 % Orascom

Actions sans droit de vote : 0 % Mojo; 0 % AAL; 100 % Orascom

Capitaux propres : 0,67 % Mojo; 34,25 % AAL; 65,08 % Orascom

Globalive conseil d'administration (11)

- (4) AAL
- (4) Orascom
- (3) administrateurs indépendants

GIHC conseil d'administration (11)

- (4) AAL
- (4) Orascom
- (3) administrateurs indépendants