

Le 11 novembre 2016

Le Canada abaisse les barrières à l'investissement étranger

Auteurs : [Mark C. Katz](#), [Anita Banicevic](#) et [David Feldman](#)

À l'heure où la mondialisation du commerce fait l'objet de critiques renouvelées, le gouvernement du Canada prend des mesures afin de favoriser l'augmentation de l'investissement étranger au pays. Ces mesures laissent présager un climat favorable et propice à l'investissement étranger.

Tout d'abord, le gouvernement fédéral a annoncé que l'un des seuils clés prévus par la *Loi sur l'investissement Canada* (la « LIC ») serait haussé deux ans plus tôt que prévu. Cette hausse, qui a pour but d'accroître l'investissement étranger, aura pour effet de réduire le nombre de transactions soumises à l'examen prévu par la LIC qui vise à déterminer si celles-ci sont vraisemblablement à « l'avantage net » du Canada.

Ensuite, le gouvernement fédéral a annoncé qu'il prévoyait publier des lignes directrices concernant l'examen lié à la sécurité nationale prévu par la LIC, en vertu duquel le gouvernement peut interdire des investissements qui sont susceptibles de « porter atteinte » à la sécurité nationale du Canada. La publication de ces nouvelles lignes directrices a pour but de rendre le processus d'examen plus transparent et, partant, d'atténuer l'incertitude et l'indécision auxquelles font face actuellement les investisseurs étrangers.

Enfin, le gouvernement fédéral a l'intention d'assouplir les restrictions à l'investissement étranger visant les compagnies aériennes canadiennes. Plus particulièrement, il prévoit permettre à des non-Canadiens d'être propriétaires, dans les compagnies aériennes, de participations comportant droit de vote pouvant atteindre 49 %, une nette augmentation par rapport au plafond actuel de 25 %. L'objectif de cette augmentation consiste à favoriser une plus grande concurrence au sein de l'industrie du transport aérien du Canada en dégageant de nouvelles sources d'investissement pour les compagnies qui souhaitent accéder à ce marché.

Hausse du seuil à partir duquel une transaction doit faire l'objet d'un examen visant à déterminer si elle est vraisemblablement à l'avantage net du Canada

Selon la LIC, l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne par un non-Canadien peut nécessiter l'obtention, avant la clôture de la transaction concernée, de l'approbation du gouvernement fédéral lorsque certains seuils financiers prévus par la loi sont franchis. En pareil cas, l'investisseur non canadien doit convaincre le gouvernement que l'acquisition projetée sera vraisemblablement à l'avantage net du Canada.

Le seuil le plus couramment utilisé pour déterminer si une transaction sera vraisemblablement à l'avantage net du Canada concerne les acquisitions « directes » d'entreprises canadiennes autres que des entreprises culturelles par des (ou auprès de) non-Canadiens qui sont considérés comme des « investisseurs OMC », c'est-à-dire des investisseurs qui proviennent

de pays membres de l'Organisation mondiale du commerce (les « investisseurs OMC »). Selon les règles en vigueur, les investissements de cette nature doivent faire l'objet d'un examen si la « valeur d'affaires » des actifs de l'entreprise canadienne dépasse 600 millions de dollars canadiens. Il était prévu de porter ce seuil à 800 millions de dollars canadiens en 2017, puis à 1 milliard de dollars canadiens en 2019, après quoi le seuil devait être haussé annuellement suivant une formule d'indexation prescrite.

Le concept d'augmentation progressive de la valeur d'affaires, mis de l'avant par l'ancien gouvernement conservateur, visait à limiter peu à peu les examens effectués aux termes de la LIC aux transactions de très grande envergure ainsi qu'à quelques types précis d'acquisitions : i) les acquisitions effectuées par des investisseurs qui ne proviennent pas de pays membres de l'OMC; ii) les acquisitions réalisées par des sociétés d'État (SE) étrangères; iii) les acquisitions d'entreprises « culturelles » canadiennes par des investisseurs étrangers; et iv) les investissements étrangers qui sont susceptibles de porter atteinte à la « sécurité nationale ». Le seuil plus élevé relatif à la valeur d'affaires ne s'applique pas aux trois premiers types d'acquisitions énumérées, et le quatrième est assujéti à une procédure d'examen entièrement distincte (dont il est question ci-après).

Le 1^{er} novembre dernier, le gouvernement libéral a annoncé dans son [Énoncé économique de l'automne 2016](#) qu'il avait l'intention de présenter un projet de loi visant à devancer de deux ans le rehaussement à 1 milliard de dollars canadiens du seuil à partir duquel les acquisitions directes effectuées par des investisseurs OMC doivent faire l'objet d'un examen. Cette décision est cohérente avec l'objectif général du gouvernement qui consiste à favoriser des investissements (provenant aussi bien d'intérêts étrangers que nationaux) qui créeront de nouveaux emplois au Canada et ouvriront de nouvelles possibilités pour les Canadiens.

L'annonce du gouvernement de hausser le seuil à 1 milliard de dollars canadiens plus tôt que prévu vient peu de temps après un événement qui contribuera également à modifier le processus d'examen permettant de déterminer, conformément à la LIC, si une transaction est vraisemblablement à l'avantage net du Canada. Le 30 octobre 2016, le Canada a signé l'Accord économique et commercial global avec l'Union européenne (l'« Accord »), aux termes duquel, notamment, il sera tenu de porter à 1,5 milliard de dollars canadiens le seuil à partir duquel les acquisitions de contrôle effectuées par des investisseurs provenant de pays membres de l'Union européenne qui ne sont pas des sociétés d'État (ou provenant d'autres pays pouvant se prévaloir de la clause de la « nation la plus favorisée » stipulée dans les accords de libre-échange auxquels le Canada est partie) doivent faire l'objet d'un examen aux termes de la LIC. Un projet de loi visant la mise en œuvre des dispositions de l'Accord au Canada est présentement à l'étude par le Parlement fédéral (voir le [Projet de loi C-30](#)).

Précisons que ni le nouveau seuil de 1 milliard de dollars canadiens applicable aux investissements directs effectués par des investisseurs OMC, ni le seuil de 1,5 milliard de dollars canadiens prévu par l'Accord ne s'appliqueront aux investissements effectués par des investisseurs provenant de pays qui ne sont pas membres de l'OMC, aux investissements effectués par des sociétés d'État étrangères (provenant de pays membres de l'OMC ou non), ou aux acquisitions d'entreprises culturelles canadiennes. Ces catégories d'investissements continueront d'être assujétiées à des seuils plus bas (et, dans certains cas, beaucoup plus bas).

Malgré ces exceptions, les changements apportés aux seuils prévus par la LIC réduiront indiscutablement le nombre d'investissements étrangers devant faire l'objet d'un examen aux termes de la LIC. Ce nombre pourrait diminuer encore davantage advenant la mise en œuvre

du Partenariat transpacifique (le « PTP »), qui imposerait le rehaussement à 1,5 milliard de dollars canadiens du seuil à partir duquel les investissements provenant de pays membres du PTP peuvent devoir faire l'objet d'un examen visant à déterminer s'ils sont vraisemblablement à l'avantage net du Canada.

Lignes directrices relatives à l'examen lié à la sécurité nationale

La deuxième annonce importante émanant de l'Énoncé économique de l'automne 2016 est la suivante : « De plus, avant la fin de 2016, le gouvernement publiera les lignes directrices selon lesquelles les investissements seront examinés conformément aux dispositions sur la sécurité nationale ». Selon le gouvernement, « [c]ette transparence accrue aidera les investisseurs à mieux comprendre le processus d'examen, tout en assurant que l'intégrité de nos processus en matière de sécurité nationale soit maintenue ».

Depuis son entrée en vigueur, en 2009, l'examen lié à la sécurité nationale prévu par la LIC a fait l'objet de critiques en raison notamment du manque de transparence qui plombe le processus. Au nombre des aspects qui posent problème, on compte l'absence de définition de la notion de « sécurité nationale » et l'absence d'indications sur les situations dans lesquelles un investissement pourrait « porter atteinte » à la sécurité nationale du Canada. Par ailleurs, au plan de la procédure, il n'existe aucun mécanisme permettant à un investisseur de demander une forme « d'autorisation » au chapitre de la sécurité. Les autorités sont souvent avares de commentaires et donnent aux parties des explications évasives sur la teneur de leurs préoccupations. Enfin, les décisions, et les motifs qui les sous-tendent, ne sont pratiquement jamais rendus publics. En conséquence, même s'il semblerait que seuls quelques examens liés à la sécurité nationale aient été menés depuis 2009 (moins de 10 dit-on), le voile de mystère qui entoure le processus a fini par transformer l'examen lié à la sécurité nationale en source de préoccupation majeure pour bon nombre d'investisseurs étrangers.

Il serait heureux que les lignes directrices que le gouvernement se propose d'adopter contribuent véritablement à aider les investisseurs étrangers (et leurs conseillers juridiques) à comprendre en quoi consiste l'examen lié à la sécurité nationale du Canada. Nous évaluerons si tel est le cas lorsque les lignes directrices seront publiées.

Modification des règles relatives à la propriété étrangère des compagnies aériennes

Aux restrictions à l'investissement étranger que représentent les examens prévus par la LIC s'ajoutent les limites qu'impose le gouvernement à la propriété étrangère dans certains secteurs de l'économie canadienne.

L'industrie du transport aérien est un excellent exemple. La loi limite la propriété étrangère des compagnies aériennes canadiennes à 25 % des actions avec droit de vote, plafond qui, selon plusieurs critiques, prive d'éventuels nouveaux joueurs d'une source de capitaux importants dont ils auraient besoin pour s'établir et demeurer ensuite des concurrents viables.

Le gouvernement fédéral donne aujourd'hui suite à ces critiques en reprenant à son compte la proposition du précédent gouvernement conservateur de hausser le plafond de la propriété étrangère des compagnies aériennes afin de le porter de 25 % à 49 % (à noter cependant qu'un investisseur étranger unique ou qu'un regroupement d'investisseurs étrangers ne pourrait dépasser la limite de 25 %). [Comme l'a expliqué le ministre des Transports du Canada](#), l'objectif du gouvernement consiste à favoriser une plus grande concurrence et des tarifs plus bas grâce

à la création de compagnies aériennes à bas prix au Canada. Désireux de démontrer l'engagement de son gouvernement envers ce secteur et bien que des modifications législatives soient prévues en 2017, le ministre a également annoncé qu'il émettra des dispenses à deux compagnies aériennes existantes afin qu'elles puissent dès à présent chercher des capitaux étrangers, sous réserve de conditions adéquates.

Bien que le gouvernement prenne des mesures pour assouplir les restrictions en vigueur, il n'a manifestement pas décidé de franchir le Rubicon et de permettre à des non-Canadiens de *contrôler* des transporteurs aériens canadiens, soit par la propriété d'une majorité des droits de vote, soit par un contrôle « de fait ». Il est difficile de savoir si ce jour viendra. Il faudra voir également si le gouvernement cherchera ultérieurement à assouplir les restrictions à la propriété étrangère qui s'appliquent à d'autres secteurs protégés de l'économie canadienne, dont les télécommunications et la télédiffusion.