

DAVIES

*Loi sur
investissement
Canada*

Guide à l'intention des investisseurs
étrangers au Canada



À propos de Davies

Davies est un cabinet d'avocats spécialistes des enjeux cruciaux. Déterminés à produire des résultats supérieurs pour nos clients, nous tenons systématiquement un rôle de premier plan dans leurs opérations et leurs dossiers les plus complexes. Depuis nos bureaux de Montréal, de Toronto et de New York, nous déployons notre savoir-faire avec aisance et efficacité sur tous les continents. Communiquez avec un de nos avocats pour parler avec nous de votre situation.

Consultez notre site au dwpv.com.

Table des matières

Introduction

p. 02

1. Application de la *Loi sur Investissement Canada*

p. 04

2. Seuils aux fins de l'examen

p. 06

3. Critère de l'avantage net

p. 09

4. Processus d'examen — Avantage net

p. 10

5. Engagements

p. 11

6. Entreprises d'État

p. 12

7. Examen pour des motifs de sécurité nationale

p. 14

8. Interdictions et recours

p. 16

Annexe :
Pays membres de
l'Organisation mondiale
du commerce

p. 17

The background is a dark blue gradient with several diagonal stripes of varying shades of blue and black. A thin, light blue vertical line is positioned on the left side of the image.

Introduction

Les investissements étrangers au Canada sont assujettis à la *Loi sur Investissement Canada*, une loi fédérale.

La *Loi sur Investissement Canada* (la « LIC »)¹ vise à encourager l'investissement étranger au Canada tout en veillant à ce qu'il contribue à la croissance économique et à la création d'emplois. De plus, la LIC vise à protéger la sécurité nationale en prévoyant un examen des investissements étrangers au Canada qui pourraient porter atteinte à celle-ci.

La responsabilité principale de l'application de la LIC incombe au ministre de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique du Canada (l'« ISDEC »)², alors que la responsabilité des « entreprises culturelles » incombe au ministre du Patrimoine canadien (collectivement, ces ministres sont appelés dans le présent guide le « ministre responsable »)³.

L'investisseur étranger dont l'acquisition est visée par un examen aux termes de la LIC doit convaincre le ministre responsable que celle-ci est susceptible d'être « à l'avantage net du Canada »⁴. L'approbation d'une acquisition est rarement refusée sur le fondement du critère de l'avantage net, et les deux seuls refus dans des secteurs autres que culturels ont eu lieu en 2008 et en 2010⁵. Cela étant, la procédure d'examen aux termes de la LIC peut entraîner des retards dans le calendrier prévu pour l'opération⁶. De plus, les investisseurs étrangers sont habituellement tenus de prendre des engagements ayant force exécutoire envers le ministre responsable afin d'obtenir l'approbation. Ces engagements peuvent inclure certaines dépenses en immobilisations, le maintien de certains niveaux d'emploi ou la participation de Canadiens à la direction de l'entreprise⁷. En raison de préoccupations entourant l'incidence des investissements effectués par des entreprises d'État étrangères (les « entreprises d'État ») sur l'économie canadienne, l'ancien gouvernement fédéral a adopté des dispositions législatives et des lignes directrices régissant les investissements effectués au Canada par des entreprises d'État⁸. L'actuel gouvernement semblait initialement plus conciliant à l'égard des investissements effectués par les entreprises d'État, comme en fait foi sa décision de 2017 de soumettre à un nouvel examen un

investissement qu'avait rejeté le gouvernement précédent et de finalement approuver cet investissement. (Plus précisément, le gouvernement a donné le feu vert à l'achat d'ITF Technologies, entreprise de haute technologie de Montréal, par O-NET, société chinoise de développement de composantes pour réseaux optiques qui serait, dans les faits, sous le contrôle du gouvernement chinois). Toutefois, comme nous l'indiquons ci-après dans le présent guide, le gouvernement actuel a néanmoins par la suite bloqué l'acquisition projetée d'une entreprise du domaine de la construction par une entreprise d'État chinoise pour des motifs de sécurité nationale.

Outre le pouvoir général d'examiner l'investissement selon le critère de l'avantage net pour le Canada, le ministre responsable, et en fin de compte le Cabinet fédéral, dispose d'un large pouvoir discrétionnaire lui permettant d'examiner les investissements au motif qu'ils pourraient porter atteinte à la sécurité nationale. Si un investissement (déjà effectué ou projeté) est considéré comme portant atteinte à la sécurité nationale, le Cabinet fédéral est autorisé à le bloquer en totalité ou en partie (notamment en exigeant que l'investisseur se départisse de son investissement lorsque celui-ci a déjà été effectué), ou à l'assortir de conditions.

¹ LRC 1985, ch 28 (1^{er} suppl.). Il existe également des règles spécifiques qui régissent les investissements étrangers dans certains secteurs clés, tels que les télécommunications, la radiodiffusion, la télédiffusion, l'aviation et les banques. Le présent guide ne traite pas de ces règles.

² La Division de l'examen des investissements (la « DEI »), qui fait partie de l'ISDEC, est chargée de l'application de la LIC.

³ L'expression « entreprise culturelle » est définie sous la rubrique « Seuils aux fins de l'examen » plus loin dans le présent guide. La Division de l'examen des investissements dans le secteur culturel est la division correspondante de la DEI au sein du ministère du Patrimoine canadien.

⁴ Le critère de « l'avantage net » est traité plus en détail sous la rubrique « Critère de l'avantage net » plus loin dans le présent guide.

⁵ En 2008, le ministre de l'Industrie (prédécesseur du ministre de l'ISDEC) a refusé d'approuver l'acquisition projetée, au coût de 1,325 milliard de dollars, de la division spatiale de MacDonald, Dettwiler and Associates Ltd. par Alliant Techsystems Inc. En 2010, le ministre de l'Industrie a annoncé que l'acquisition projetée de Potash Corporation of Saskatchewan Inc. par BHP Billiton en contrepartie de 38 milliards de dollars n'était pas susceptible d'être à l'avantage net du Canada. (BHP Billiton a par la suite abandonné l'opération pendant la période d'« appel » de 30 jours au cours de laquelle elle pouvait soumettre des déclarations et des engagements additionnels.) Il s'agit des deux seules acquisitions non culturelles ayant été refusées en application de la LIC depuis l'entrée en vigueur de celle-ci en 1985.

⁶ Les délais applicables à la procédure d'examen aux termes de la LIC sont traités plus en détail sous la rubrique « Procédure d'examen » plus loin dans le présent guide.

⁷ Les engagements que les investisseurs étrangers pourraient être tenus de prendre sont traités plus en détail sous la rubrique « Engagements » plus loin dans le présent guide.

⁸ Les lignes directrices relatives aux entreprises d'État sont traitées plus en détail sous la rubrique « Entreprises d'État » plus loin dans le présent guide.

1. Application de la *Loi sur Investissement Canada*

La LIC s'applique au « non-Canadien » (i) qui établit une nouvelle « entreprise canadienne » ou (ii) qui acquiert le « contrôle » d'une entreprise canadienne existante. De plus, comme on l'explique sous la rubrique « Examen pour des motifs de sécurité nationale » ci-après, un investissement peut faire l'objet d'un examen aux termes de la LIC pour des motifs de sécurité nationale même si celui-ci ne vise pas l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne.

NON-CANADIEN

Selon la LIC, un « non-Canadien » désigne l'individu, le gouvernement ou l'organisme de celui-ci ainsi que l'unité qui n'est pas un « Canadien ».

Les règles de la LIC établissant qui est un « Canadien » (et, par conséquent, qui est un « non-Canadien ») peuvent être complexes. En bref, toutefois, un individu est un Canadien pour l'application de la LIC s'il est un citoyen canadien ou un résident permanent du Canada qui a résidé habituellement au Canada pendant une période maximale d'un an à compter de la date où il est devenu pour la première fois admissible à demander la citoyenneté canadienne. (Les résidents permanents peuvent demander la citoyenneté canadienne après avoir passé quatre ans au Canada.)

Une entreprise est canadienne si les actionnaires qui en ont le contrôle ultime sont des Canadiens. Dans le cas des sociétés ouvertes ayant un grand nombre d'actionnaires, il est pratiquement impossible d'établir si des actionnaires sont ou non des Canadiens. En conséquence, pour ce type d'entreprise, la détermination se fait en fonction du statut de citoyen ou de résident permanent des membres du conseil d'administration. Si les deux tiers au moins des membres du conseil

sont des Canadiens et que l'entreprise n'est pas de fait contrôlée par la propriété de ses actions, l'entreprise est considérée comme canadienne; dans le cas contraire, elle est considérée comme non-canadienne. (Des règles semblables s'appliquent pour déterminer si des sociétés de personnes et des fiducies sont canadiennes.)

ENTREPRISE CANADIENNE

Dans la LIC, le terme « entreprise canadienne » s'entend d'une entreprise exploitée au Canada qui (i) possède un établissement au Canada; (ii) emploie au Canada au moins un individu travaillant à son compte ou contre rémunération dans le cadre de son exploitation et (iii) dispose d'actifs au Canada pour son exploitation. Toutefois, pour être une entreprise canadienne, une société ne doit pas nécessairement être contrôlée par des Canadiens; ainsi, l'acquisition d'une société sous contrôle étranger exerçant des activités au Canada est également assujettie à la LIC. De plus, une entreprise ne doit pas nécessairement être exploitée entièrement au Canada pour être considérée comme canadienne.

Le terme « entreprise » désigne toute entreprise ou activité pouvant générer un revenu et exploitée dans le but de réaliser un profit. Par conséquent, l'entreprise exploitée à des fins caritatives et non dans le but de réaliser un profit n'est pas une entreprise au sens de la LIC.

L'unité qui en est au stade « préalable à l'exploitation » en raison de l'absence d'un actif essentiel ou d'une source d'approvisionnement ou de main d'œuvre n'est pas considérée comme une entreprise au sens de la LIC. Par conséquent, les gisements de pétrole ou de gaz qui n'en sont qu'au stade de l'exploration ne sont pas considérés comme une entreprise au sens

La LIC s'applique au « non-Canadien » qui établit une nouvelle « entreprise canadienne » ou qui acquiert le « contrôle » d'une entreprise canadienne existante.

de la LIC. Toutefois, un gisement de pétrole ou de gaz qui contient des réserves récupérables et qui est susceptible d'entrer en production (ou qui est déjà en production) est considéré comme une entreprise. De même, les gisements miniers qui n'en sont qu'au stade de l'exploration ne sont pas considérés comme des entreprises. Toutefois, une mine en exploitation est considérée comme une entreprise, tout comme une propriété sur laquelle l'aménagement d'une mine a été entrepris aux fins de production.

ACQUISITION DE CONTRÔLE

La LIC contient des dispositions détaillées qui définissent le concept d'« acquisition de contrôle ». En bref, ces dispositions prévoient que le contrôle ne peut s'acquérir que par l'acquisition (i) d'actions avec droit de vote d'une société; (ii) d'« intérêts avec droit de vote » d'une unité non constituée en personne morale (ce qui, dans le cas des sociétés de personnes et des fiducies, désigne un intérêt dans les actifs de l'unité conférant au propriétaire le droit de recevoir une quote-part des profits et du reliquat des actifs en cas de dissolution); ou (iii) de la totalité ou de la quasi-totalité des actifs d'une entreprise canadienne. L'acquisition d'actions d'une société non-canadienne ayant une division canadienne, mais aucune filiale canadienne, n'est pas considérée comme l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne au sens de la LIC.

Pour déterminer si un investisseur a acquis le « contrôle » d'une société, les présomptions générales suivantes s'appliquent :

- L'acquisition de la majorité des actions avec droit de vote est réputée constituer une acquisition de contrôle.

- L'acquisition du tiers ou de plus du tiers, mais de moins que la majorité des actions avec droit de vote est présumée constituer une acquisition de contrôle, sauf s'il peut être démontré que les actions acquises ne confèrent à l'investisseur aucun « contrôle de fait » de la société.
- L'acquisition de moins du tiers des actions avec droit de vote est réputée ne pas constituer une acquisition de contrôle.

De même, pour déterminer si un investisseur a acquis le contrôle d'une unité non constituée en personne morale, les présomptions générales suivantes s'appliquent :

- L'acquisition de la majorité des intérêts avec droit de vote est réputée constituer une acquisition de contrôle.
- L'acquisition de moins que la majorité des intérêts avec droit de vote est réputée ne pas constituer une acquisition de contrôle.

En raison des sensibilités particulières rattachées aux « entreprises culturelles » au Canada, le ministre responsable peut considérer qu'il y a eu acquisition du contrôle d'une entreprise culturelle canadienne même si les critères généralement applicables pour établir l'acquisition du contrôle ne sont pas satisfaits.

EXEMPTIONS

La LIC prévoit plusieurs exemptions. Par exemple, elle ne s'applique pas aux restructurations d'entreprises lorsque demeure inchangé le contrôle ultime de fait de l'entreprise canadienne qui est exercé par une partie étrangère. La LIC ne régit pas non plus certaines opérations visées par la *Loi sur les banques* (Canada).

2. Seuils aux fins de l'examen

Aux termes de la LIC, les acquisitions sont assujetties à l'examen selon le critère de l'avantage net si elles excèdent certains seuils financiers prescrits. Si les seuils applicables ne sont pas dépassés, l'investisseur étranger est seulement tenu de déposer un avis relativement simple dans les 30 jours suivant la clôture. (Toutefois, une acquisition peut être assujettie à un examen pour des motifs de sécurité nationale même lorsque les seuils relatifs à l'examen selon le critère de l'avantage net ne sont pas dépassés; se reporter à la rubrique « Examen pour des motifs de sécurité nationale » ci-après.) Les investissements visant à établir une nouvelle entreprise canadienne (autre qu'une entreprise culturelle) ne font pas l'objet d'un examen selon le critère de l'avantage net; l'investisseur étranger est uniquement tenu de déposer un avis.

Les seuils applicables aux fins de l'examen selon le critère de l'avantage net varient en fonction de plusieurs facteurs, dont les suivants :

- Est-ce que l'investisseur étranger, ou l'entreprise canadienne devant être acquise, est sous le contrôle ultime d'investisseurs (traité commercial)?
- Est-ce que le contrôle ultime de l'investisseur étranger, ou de l'entreprise canadienne devant être acquise, sera exercé par des investisseurs OMC?
- Est-ce que l'acquisition du contrôle est directe ou indirecte?
- Est-ce que l'investisseur étranger est une entreprise d'État?
- Est-ce que l'entreprise canadienne est une entreprise culturelle?

INVESTISSEURS (TRAITÉ COMMERCIAL)

Selon la LIC, de manière générale, est un investisseur (traité commercial) le particulier qui est un « ressortissant » d'un pays (autre que le Canada) qui est un « pays (traité commercial) », à savoir un pays qui est partie à un traité commercial avec le Canada. À l'heure actuelle, la liste des pays (traité commercial) comprend l'Australie, le Japon, la Nouvelle-Zélande, Singapour, le Chili, la Colombie, le Honduras, le Mexique, le Panama, le Pérou, la Corée du Sud, les États-Unis ainsi que l'Union européenne et ses États membres. (Cette liste peut évoluer en fonction des traités auxquels le gouvernement devient partie ou dont il se retire.) De plus, est considérée comme un investisseur (traité commercial) la société ou l'unité qui est sous le contrôle d'un ou de plusieurs investisseurs (traité commercial). Une société ouverte ayant un grand nombre d'actionnaires est généralement considérée comme un investisseur (traité commercial) aux fins de la LIC (i) si la majorité de ses actions avec droit de vote appartient à des investisseurs (traité commercial); ou (ii) dans l'éventualité où cette société n'est pas sous le contrôle d'une personne ou d'un groupement de votants, si les deux tiers au moins des membres de son conseil d'administration sont des investisseurs (traité commercial) ou des Canadiens.

INVESTISSEURS OMC

En général, est considéré comme un investisseur OMC le particulier qui est un « ressortissant » d'un pays (autre que le Canada) membre de l'Organisation mondiale du commerce (l'« OMC ») ou qui a le droit d'établir sa résidence permanente dans un pays membre de l'OMC⁹. Comme c'est le cas pour l'investisseur (traité commercial), une société par actions ou une unité sera considérée comme un investisseur OMC si elle est sous le contrôle d'un ou de plusieurs investisseurs OMC. Une société

⁹ Voir l'annexe A du présent guide pour obtenir la liste des pays membres de l'OMC au moment de la rédaction du présent guide.

En raison de la sensibilité perçue du secteur culturel, les seuils au-delà desquels une acquisition est assujettie à l'examen aux termes de la LIC sont moins élevés lorsque l'entreprise canadienne concernée est une entreprise culturelle.

ouverte ayant un grand nombre d'actionnaires sera généralement considérée comme un investisseur OMC pour l'application de la LIC (i) si la majorité des actions avec droit de vote de la société ouverte appartient à des investisseurs OMC, ou (ii) dans l'éventualité où cette société n'est pas sous le contrôle d'une personne ou d'un groupement de votants, si les deux tiers au moins des membres de son conseil d'administration sont des investisseurs OMC ou des Canadiens.

ACQUISITION INDIRECTE

En règle générale, il y a « acquisition indirecte » au sens de la LIC lorsqu'un investisseur acquiert le contrôle d'une société constituée à l'extérieur du Canada qui exerce un contrôle sur une unité située au Canada et exploitant une entreprise canadienne.

ENTREPRISE D'ÉTAT

De manière générale, une « entreprise d'État » est définie comme comprenant un gouvernement ou un organisme gouvernemental étranger ou une unité contrôlée ou influencée, directement ou indirectement, par un gouvernement ou organisme gouvernemental étranger. La LIC ne définit pas le terme « influencée », mais il est manifeste que cela équivaut à moins que le contrôle en droit ou le contrôle de fait.

ENTREPRISE CULTURELLE

En raison de la sensibilité perçue du secteur culturel, les seuils au-delà desquels une acquisition est assujettie à l'examen aux termes de la LIC sont moins élevés lorsque l'entreprise canadienne concernée est

une entreprise culturelle. Une « entreprise culturelle » s'entend notamment d'une entreprise qui se livre à l'une des activités suivantes : (i) la publication, la distribution ou la vente de livres, de revues, de périodiques ou de journaux, sous forme imprimée ou assimilable par une machine, à l'exclusion toutefois de la seule impression ou composition de ces publications; (ii) la production, la distribution, la vente ou la présentation de films ou d'enregistrements vidéo; (iii) la production, la distribution, la vente ou la présentation d'enregistrements de musique audio ou vidéo; (iv) l'édition, la distribution ou la vente de compositions musicales sous forme imprimée ou assimilable par une machine; ou, à certaines fins, (v) les radiocommunications, dont les transmissions, sont destinées à être captées directement par le grand public, notamment les activités de radiodiffusion, de télédiffusion et de câblodistribution et les services de programmation et de diffusion par satellite.

SEUILS APPLICABLES AUX FINS DE L'EXAMEN

En bref, l'acquisition d'une entreprise canadienne qui excède les seuils suivants sera assujettie à l'examen aux termes de la LIC.

Lorsque l'entreprise canadienne est sous le contrôle d'un investisseur (traité commercial) ou fait l'objet d'une acquisition par un investisseur (traité commercial) :

- Une acquisition directe ne sera assujettie à l'examen que si la valeur d'affaires des actifs de l'unité exploitant l'entreprise canadienne et de toutes les autres unités acquises au Canada (et non seulement leurs actifs au Canada) est égale ou supérieure à 1,568 milliard de dollars canadiens¹⁰ (pour 2019; seuil qui fait l'objet d'un

¹⁰ Dans le cas de l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne cotée en bourse, la valeur d'affaires des actifs de cette entreprise canadienne est sa capitalisation boursière plus ses éléments de passif (sauf ceux liés à son exploitation) moins ses espèces et quasi-espèces. La capitalisation boursière correspond au cours de clôture quotidien moyen de chaque catégorie de titres en circulation multiplié par le nombre moyen de titres en circulation, calculé sur une période prescrite.

Dans le cas de l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne non cotée en bourse ou dans le cas d'une acquisition d'actifs, la valeur d'affaires des actifs de l'entreprise canadienne est la valeur d'acquisition plus les éléments de passif pris en charge (sauf ceux liés à son exploitation) moins ses espèces et quasi-espèces.

ajustement annuel), à moins que l'investisseur soit une entreprise d'État ou que l'entreprise canadienne soit une entreprise culturelle.

Lorsque l'entreprise canadienne est sous le contrôle d'un investisseur OMC ou fait l'objet d'une acquisition par un tel investisseur qui n'est pas un investisseur (traité commercial) :

- Une acquisition directe ne sera assujettie à l'examen que si la valeur d'affaires des actifs de l'unité exploitant l'entreprise canadienne et de toutes les autres unités acquises au Canada (et non seulement leurs actifs au Canada) est égale ou supérieure à 1 milliard de dollars canadiens, à moins que l'investisseur soit une entreprise d'État ou que l'entreprise canadienne soit une entreprise culturelle.
- Si l'investisseur est une entreprise d'État, le seuil correspond à des actifs d'une valeur comptable de 416 millions de dollars canadiens (pour 2019; seuil qui fait l'objet d'un ajustement annuel).
- Lorsque l'entreprise canadienne qui fait l'objet de l'acquisition est une entreprise culturelle, le seuil correspond à des actifs d'une valeur comptable de 5 millions de dollars canadiens (que l'investisseur soit ou non une entreprise d'État).

Une acquisition « indirecte » par un investisseur OMC ou auprès d'un investisseur OMC (y compris une acquisition par une entreprise d'État) n'est pas assujettie à l'examen, mais un avis doit tout de même être envoyé, à moins que l'entreprise canadienne ne soit une entreprise culturelle et que la valeur comptable des actifs visés excède 50 millions de dollars canadiens; si tel est le cas, l'acquisition devra faire l'objet d'un examen.

Lorsqu'aucun investisseur OMC ne participe à l'acquisition en qualité d'acquéreur ou de vendeur :

- Une acquisition directe sera assujettie à l'examen si la valeur comptable des actifs visés excède 5 millions de dollars canadiens.



- Une acquisition indirecte sera assujettie à l'examen si la valeur comptable des actifs visés excède 50 millions de dollars canadiens (toutefois, le seuil de 5 millions de dollars canadiens s'applique aux acquisitions indirectes si la valeur des actifs de l'entreprise canadienne faisant l'objet de l'acquisition est supérieure à 50 % de la valeur des actifs visés par l'opération globale).

Il importe également de souligner ce qui suit à cet égard :

- Aucune exception *de minimis* n'est applicable pour déterminer si une entreprise est une entreprise culturelle.
- Une entreprise sera considérée comme une entreprise culturelle même si ses activités culturelles ne représentent qu'une petite partie de l'ensemble de ses activités.
- Le ministre responsable peut décider d'examiner l'acquisition du contrôle de certaines entreprises culturelles canadiennes même si l'acquisition n'entraîne pas l'application des seuils susmentionnés.

3. Critère de l'avantage net

FACTEURS CONSIDÉRÉS

Afin d'évaluer si un investissement est « à l'avantage net » du Canada, le ministre responsable tient compte notamment des facteurs suivants :

- **Activité économique** : L'investisseur est tenu d'expliquer l'effet de l'investissement sur le niveau et la nature de l'activité économique au Canada, notamment sur l'emploi, la transformation des ressources et l'utilisation de pièces et d'éléments produits et de services rendus au Canada. Le nombre d'emplois devant être créés (ou perdus) constitue un facteur important, ainsi que toute plus-value que procure l'investissement par rapport aux niveaux existants.
- **Participation canadienne** : L'investisseur est tenu de décrire l'étendue et l'importance de la participation continue de Canadiens dans l'entreprise canadienne, par exemple si des Canadiens (et combien de Canadiens) agiront en qualité d'administrateurs et de cadres au sein de l'unité acquise, ou si des employés canadiens pourront acquérir une participation dans l'entreprise grâce à un plan d'options sur actions.
- **Concurrence/productivité** : L'investisseur est tenu d'expliquer l'effet de l'investissement sur la concurrence au Canada, ainsi que sur des facteurs tels que (i) la productivité; (ii) le rendement industriel; (iii) le progrès technologique, et (iv) la création de produits nouveaux et la diversité des produits au Canada. En règle générale, le Bureau de la concurrence du Canada est invité à faire part de ses observations à cet égard.
- **Incidence à l'échelle nationale et internationale** : L'investisseur est tenu de traiter de la compatibilité de l'investissement avec les « politiques nationales

en matière industrielle, économique et culturelle », compte tenu des objectifs qu'a énoncés le gouvernement fédéral ou le gouvernement ou la législature d'une province sur laquelle l'investissement aura vraisemblablement des répercussions appréciables. L'investissement est également évalué en fonction de sa contribution à la compétitivité canadienne sur les marchés mondiaux.

SECTEURS

Le ministre responsable a publié des politiques particulières qui établissent de quelle manière le critère de l'avantage net sera appliqué dans certains secteurs, dont l'édition et la production et la distribution cinématographiques.

Dans certains cas, les investissements étrangers sont carrément interdits, quels que soient les avantages qu'ils offrent. Par exemple, selon ces politiques, des non-Canadiens ne peuvent acquérir des entreprises de distribution de films ou de livres appartenant à des Canadiens ou contrôlées par des Canadiens (bien qu'ils puissent acquérir des entreprises canadiennes dans ces secteurs auprès d'autres non-Canadiens). Toutefois, certaines de ces politiques ont fait l'objet d'exceptions.

SÉCURITÉ NATIONALE

Outre les facteurs susmentionnés relatifs à l'examen selon le critère de l'avantage net, la LIC confère un large pouvoir discrétionnaire permettant d'examiner les investissements pour des motifs de sécurité nationale, que ceux-ci fassent l'objet ou non par ailleurs d'un examen selon le critère de l'avantage net. Se reporter à la rubrique « Examen pour des motifs de sécurité nationale » ci-après.

4. Processus d'examen —

Avantage net

Conformément à la procédure prévue par la LIC, l'examen selon le critère de l'avantage net requiert le dépôt d'une demande où doivent figurer des renseignements sur l'investisseur et l'entreprise canadienne faisant l'objet de l'acquisition.

DEMANDE D'EXAMEN

Conformément à la procédure prévue par la LIC, l'examen selon le critère de l'avantage net requiert le dépôt d'une demande où doivent figurer des renseignements sur l'investisseur et l'entreprise canadienne faisant l'objet de l'acquisition. La partie la plus importante de cette demande consiste, pour l'investisseur, à exposer ses projets pour l'entreprise canadienne et à expliquer en quoi l'investissement est vraisemblablement à l'avantage net du Canada.

La LIC ne prévoit aucune voie officielle permettant aux parties intéressées d'intervenir dans le processus d'examen. Toutefois, les ministères fédéraux susceptibles d'avoir un intérêt dans l'opération sont consultés ainsi que chacune des provinces dans lesquelles l'entreprise canadienne compte au moins 10 employés. À l'occasion, certaines provinces cherchent à obtenir des engagements à l'avantage des employés, des fournisseurs et de l'activité économique dans cette province. D'autres provinces ont participé au processus de façon sporadique (par exemple, lorsqu'une industrie clé est en jeu)¹¹.

DÉLAIS

Le ministre responsable dispose de 45 jours à compter de la réception d'une demande d'examen selon le critère de l'avantage net pour approuver ou refuser la demande.

Si le ministre responsable n'a pas terminé son examen à l'issue de ce délai, il a le pouvoir, qu'il peut exercer de façon unilatérale, de prolonger la période d'examen de 30 jours (soit un total de 75 jours à compter du début du processus). Si le ministre responsable a besoin d'un délai supplémentaire à la fin de cette période, il doit obtenir le consentement de l'investisseur pour toute autre prolongation (qui n'est pas limitée dans le temps).

Si le ministre responsable a informé le demandeur du fait qu'il n'est pas convaincu que l'investissement sera vraisemblablement à l'avantage net du Canada, le demandeur a le droit de présenter des observations et de prendre des engagements dans les 30 jours suivant la date de l'avis de la décision du ministre responsable (ou à l'intérieur de tout délai supplémentaire ayant été convenu, le cas échéant).

En moyenne, la réalisation d'un examen selon le critère de l'avantage net prend environ 75 jours.

¹¹ La province de la Saskatchewan a joué un rôle actif dans l'examen de l'acquisition projetée de Potash Corporation of Saskatchewan Inc. par BHP Billiton pour 38 milliards de dollars en 2010.

5. Engagements

Aux fins de l'examen selon le critère de l'avantage net prévu par la LIC, le ministre responsable exige habituellement, comme condition de l'approbation, que les investisseurs prennent des engagements.

Ces engagements, qui s'étendent généralement sur des périodes de trois à cinq ans, portent notamment sur ce qui suit :

- les dépenses en immobilisations
- l'investissement dans la recherche et le développement
- les seuils minimaux d'emploi
- la participation de Canadiens à la direction ou au conseil d'administration
- la transformation des ressources au Canada
- le transfert de technologie au Canada
- l'emplacement du siège social
- les achats effectués auprès de fournisseurs canadiens
- si l'entreprise est une entreprise culturelle, les différents types de soutien (habituellement financier) offerts à la « communauté culturelle canadienne ».

Il est arrivé que le ministre responsable demande comme engagement le maintien de l'inscription de l'entreprise canadienne acquise à la cote d'une bourse canadienne ou que les investisseurs offrent de prendre un tel engagement.

Il y a lieu de mentionner que les lignes directrices publiées par le ministre responsable précisent que l'investisseur n'est pas tenu responsable de son incapacité de remplir un engagement lorsque celle-ci est manifestement attribuable à des facteurs indépendants de sa volonté.

Cependant, il arrive parfois, dans certains cas où l'opération visée est de nature particulièrement sensible, que le processus d'examen s'étende sur plusieurs mois¹².

Lorsque l'opération fait également l'objet d'un examen pour des motifs de sécurité nationale, le ministre responsable dispose d'un délai supplémentaire pour mener à bien l'examen selon le critère de l'avantage net.

EXAMEN ANTÉRIEUR OU POSTÉRIEUR À LA CLÔTURE

Pour les investisseurs, l'un des éléments clés de la planification consiste à savoir si l'examen selon le critère de l'avantage net aura lieu avant ou après la clôture. Si l'acquisition est directe, les investisseurs sont généralement tenus de présenter leur demande d'examen et d'obtenir l'approbation du ministre responsable avant de procéder à l'acquisition. En revanche, si l'acquisition est indirecte, le processus d'examen (qui n'est généralement requis que pour les entreprises culturelles) a habituellement lieu après la clôture (les investisseurs peuvent toutefois déposer une demande avant la clôture s'ils le souhaitent).

¹² Par exemple, l'acquisition CNOOC/Nexen, qui a été annoncée en juillet 2012, n'a été approuvée qu'en décembre 2012.

6. Entreprises d'État

Les acquisitions d'entreprises canadiennes par des entreprises d'État étrangères sont assujetties à des lignes directrices prises en application de la LIC (les « Lignes directrices relatives aux entreprises d'État »).

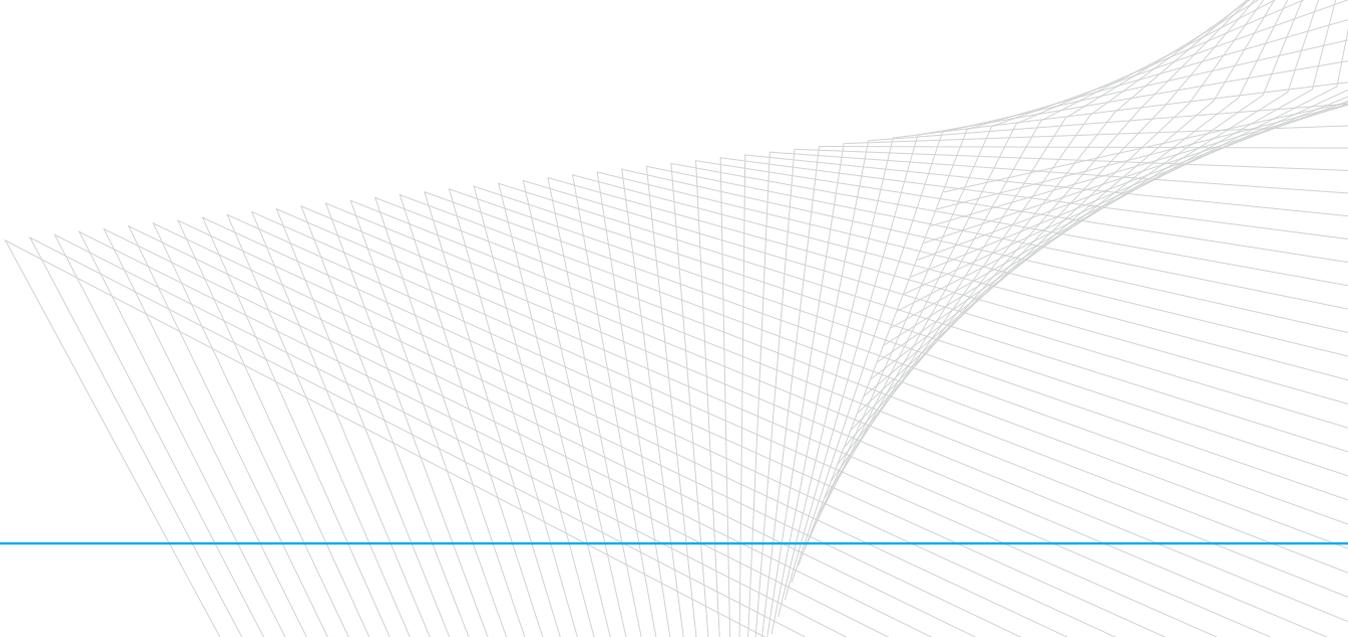
Ces lignes directrices visent à répondre à la principale préoccupation du gouvernement canadien à l'égard des entreprises d'État étrangères qui investissent au Canada, à savoir que ces entreprises doivent être exploitées en conformité avec des principes de saine gouvernance et avoir une orientation commerciale appropriée. Par conséquent, les lignes directrices relatives aux entreprises d'État prévoient que le ministre responsable examinera la gouvernance et la structure redditionnelle des entreprises d'État étrangères dans le cadre du processus d'examen selon le critère de l'avantage net aux termes de la LIC, en fonction de facteurs tels que la portée et la nature du contrôle exercé par l'État sur l'entreprise d'État et le respect, par cette dernière, des pratiques de gouvernance canadiennes (notamment en

matière de transparence et de divulgation ainsi que d'indépendance des membres du conseil et du comité d'audit).

Le ministre responsable évaluera également si l'entreprise canadienne acquise sera encore exploitée sur une base commerciale une fois que l'entreprise d'État en sera propriétaire (par exemple, l'endroit où l'entreprise canadienne transformera et exportera ses produits). De plus, le ministre responsable tiendra compte de facteurs tels que l'incidence de l'investissement sur la participation de Canadiens à l'entreprise, sur les dépenses en immobilisations et sur le soutien à la recherche et au développement continu. (Il s'agit de critères standards aux fins de l'examen aux termes de la LIC.)

De façon plus générale, le ministre responsable évaluera également le degré de contrôle ou d'influence que l'entreprise d'État étrangère est susceptible d'exercer sur l'industrie dans laquelle l'entreprise canadienne exerce ses activités. Pour ce qui est du secteur des sables bitumineux en particulier, les lignes directrices relatives aux entreprises d'État prévoient que les investissements par des entreprises d'État étrangères en vue d'acquérir le contrôle d'une entreprise canadienne de sables bitumineux ne seront considérés comme étant à l'avantage net du Canada que dans des cas exceptionnels.

Les lignes directrices relatives aux entreprises d'État encouragent également les entreprises



d'État étrangères à joindre un projet d'engagements aux documents qu'elles déposent au soutien de leurs acquisitions projetées. Les engagements suivants seraient notamment appropriés dans ce contexte : (i) la nomination de Canadiens comme administrateurs indépendants au sein du conseil d'administration de l'entreprise d'État; (ii) la nomination de Canadiens à des postes de haute direction; et (iii) l'inscription des titres de l'entreprise acquise à la cote d'une bourse canadienne. (Rappelons que le ministre responsable cherchera à obtenir ces types d'engagements même lorsqu'il ne s'agit pas d'entreprises d'État.)

Les lignes directrices relatives aux entreprises d'État ne visent pas à décourager les investissements par des entreprises d'État étrangères au Canada.

Elles visent plutôt à encadrer les rares cas où une surveillance plus étroite pourrait s'imposer. Les lignes directrices relatives aux entreprises d'État viennent donc préciser le processus d'examen aux termes de la LIC; elles n'ont pas pour but de créer un obstacle important à la réalisation d'investissements au Canada par des non-Canadiens.

Les lignes directrices relatives aux entreprises d'État précisent en outre que les acquisitions de participations minoritaires sans prise de contrôle par des entreprises d'État étrangères dans des entreprises canadiennes, y compris les propositions de coentreprise, continueront d'être accueillies favorablement dans le cadre du développement de l'économie canadienne.

Néanmoins, la LIC permet au ministre responsable de soumettre à l'examen selon le critère de l'avantage net des acquisitions directes de participations minoritaires dans des entreprises canadiennes qui ne seraient normalement pas assujetties à un examen aux termes de la LIC si de tels investissements étaient réalisés par des entreprises qui ne sont pas des entreprises d'État. La LIC comprend aussi une définition très large de la notion d'« entreprise d'État » pour l'application de la LIC (se reporter à la rubrique « Seuils aux fins de l'examen »), qui permet au ministre responsable de considérer comme des entreprises d'État non-canadiennes certaines entités qui seraient normalement considérées comme des entreprises d'État canadiennes en vertu de la LIC. Enfin, le seuil de la valeur d'affaires pour les investisseurs (traité commercial) et les investisseurs OMC ne s'applique pas aux investissements d'entreprises d'État, qui sont assujettis à un seuil fondé sur la valeur comptable des actifs (ce seuil de la valeur comptable se veut un seuil aux fins de l'examen plus bas que le seuil de la valeur d'affaires aux fins de l'examen).

7. Examen pour des motifs de sécurité nationale

Peu importe qu'il doive ou non faire l'objet d'un examen selon le critère de l'avantage net, tout investissement susceptible de « porter atteinte à la sécurité nationale » est assujéti à un examen en vertu de la LIC.

À cette fin, le Cabinet fédéral peut, suivant la recommandation du ministre responsable, prendre un décret ordonnant la tenue d'un examen pour des motifs de sécurité nationale. Si le Cabinet ordonne la tenue de cet examen, le ministre responsable doit transmettre à l'investisseur un avis l'informant que l'investissement fera l'objet d'un examen et que l'opération projetée ne peut être réalisée avant que celui-ci ait eu lieu. Il est possible d'ordonner la tenue d'un examen même si l'opération a déjà été réalisée (il est également possible d'exiger des redressements, y compris l'obligation pour l'investisseur de se départir de son investissement dans l'entreprise canadienne).

L'expression « sécurité nationale » n'est pas définie et il n'est pas nécessaire qu'un seuil financier soit dépassé pour justifier la tenue de l'examen pour des motifs de sécurité nationale.

De plus, l'exigence générale selon laquelle le but visé par l'investissement doit être l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne pour justifier la tenue d'un examen selon le critère de l'avantage net a été assouplie de manière à permettre l'examen pour des motifs de sécurité nationale dans le cas d'une acquisition « en tout ou en partie » d'une « unité exploitée en tout ou en partie au Canada » qui (i) possède un établissement au Canada; (ii) emploie au Canada au moins un individu travaillant à son compte ou contre rémunération dans le cadre de son exploitation ou (iii) dispose d'actifs au Canada pour son exploitation.

Le ministre responsable effectue l'examen pour des motifs de sécurité nationale en consultation avec le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile. Le ministre

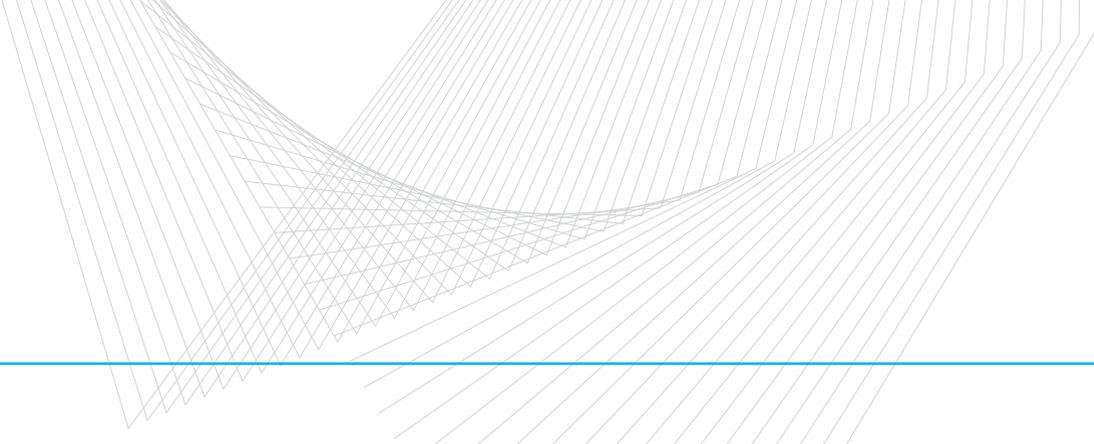
dispose d'un délai de 45 jours suivant le dépôt d'un avis ou d'une demande d'examen, ou d'un délai de 45 jours suivant la mise en œuvre d'une opération qui ne fait pas l'objet d'un avis ou d'un examen, pour émettre à un non-Canadien un avis l'informant que son investissement projeté pourrait être assujéti à un examen pour des motifs de sécurité nationale. (Subsidiairement, un examen pour des motifs de sécurité nationale peut être entrepris dans ce délai sans qu'un avis ait d'abord été envoyé.) Le processus d'examen complet peut prendre plus de 200 jours.

Si, après l'examen, le ministre responsable est convaincu que l'investissement pourrait porter atteinte à la sécurité nationale, le Cabinet fédéral est autorisé à prendre les mesures qu'il estime indiquées pour préserver la sécurité nationale, notamment imposer des conditions à l'investissement ou carrément interdire l'investissement projeté (ou exiger que l'investisseur se départisse de son investissement si l'investissement a déjà été effectué).

Depuis 2009, le gouvernement canadien a officiellement entrepris au moins 15 examens pour des motifs de sécurité nationale. Il ne s'est prévalu de son pouvoir d'empêcher des opérations pour des motifs de sécurité nationale que dans quelques cas isolés.

À titre d'exemple, c'est en décembre 2013 que le gouvernement canadien a officiellement interdit pour la première fois une opération à l'issue d'un examen pour des motifs de sécurité nationale. L'opération visait l'acquisition d'une entreprise canadienne du secteur des télécommunications. Le gouvernement n'a pas expliqué ni motivé publiquement sa décision, mais il semblerait que les pays d'origine et les affiliations de certains des investisseurs soulevaient certaines préoccupations.

En 2015, le gouvernement canadien aurait empêché une entreprise d'État chinoise d'investir dans une nouvelle installation de fabrication d'avertisseurs incendie au Québec au motif que celle-ci se trouvait à proximité d'installations exploitées par l'Agence spatiale canadienne.



Également en 2015, le gouvernement canadien a ordonné à un investisseur chinois de se départir d'une entreprise canadienne qui exerçait des activités de développement de composantes réseaux optiques dont il avait fait l'acquisition auparavant. L'investisseur chinois a répliqué en intentant une poursuite contre le gouvernement. Dans le cadre du règlement de ces procédures judiciaires, le gouvernement canadien a réexaminé la décision qu'avait prise le gouvernement précédent et approuvé l'acquisition en mars 2017 moyennant l'imposition de certaines conditions (confidentielles).

Plus récemment, en mai 2018, le gouvernement a bloqué l'acquisition d'une société canadienne du domaine de la construction par une entreprise d'État chinoise à la suite d'un examen pour des motifs de sécurité nationale au cours duquel des commentaires publics et des protestations de la part de certaines parties prenantes ont été formulés. Même si le communiqué du gouvernement annonçant sa décision de bloquer l'acquisition n'indiquait pas les préoccupations précises ayant mené à cette décision, l'entreprise canadienne participait ou avait participé à la construction d'infrastructures, notamment, à divers degrés, de réseaux de communication, de transport et de distribution d'électricité, d'installations militaires, ainsi qu'à la remise en état de centrales nucléaires. Le premier ministre a par la suite indiqué dans une déclaration publique que la décision avait été prise dans le souci de maintenir la souveraineté du Canada sur ses infrastructures névralgiques et qu'il avait reçu des mises en garde du gouvernement australien concernant l'expérience vécue là-bas suivant un investissement chinois dans le secteur de la construction. Des considérations politiques plus larges ne sont pas non plus à exclure étant donné le nombre considérable de commentaires publics, l'ampleur de la controverse politique, l'attention médiatique et les négociations commerciales internationales délicates qui ont eu lieu pendant l'examen.

Dans certains autres cas, les opérations ont pu être réalisées moyennant la vente de certains actifs ou l'engagement de l'investisseur de respecter certaines conditions. En outre, dans une poignée de cas, des opérations semblent avoir été abandonnées ou interrompues pour des motifs de sécurité nationale sans que cela ne soit le résultat de procédures formelles.

La nature discrétionnaire de l'examen pour des motifs de sécurité nationale, notamment l'absence de définition du concept de « sécurité nationale » et les longs délais qu'il peut entraîner, a créé de l'incertitude dans l'application de la LIC à l'égard de certains investissements étrangers au Canada. Toutefois, le gouvernement canadien s'est efforcé de rendre le processus d'examen pour des motifs de sécurité nationale plus transparent, notamment en publiant des Lignes directrices sur l'examen relatif à la sécurité nationale des investissements (les « Lignes directrices relatives à la sécurité nationale »). Ces Lignes directrices, qui donnent de l'information sur la manière dont sont appliquées les dispositions relatives à l'examen pour des motifs de sécurité nationale, comprennent une liste non exhaustive des facteurs susceptibles d'entraîner un tel examen dans le cadre d'un investissement.

Par ailleurs, le ministre de l'ISDEC a fourni de plus amples renseignements sur le processus d'examen pour des motifs de sécurité nationale ainsi que des données de haut niveau sur des opérations ayant fait l'objet d'un tel examen dans son rapport annuel 2016-2017.

8. Interdictions et recours

Le ministre responsable peut imposer des sanctions à des investisseurs non-Canadiens en cas de non-conformité avec la LIC.

L'investisseur est en situation de non-conformité notamment dans les cas suivants : (i) il omet de déposer l'avis ou la demande d'examen requis, (ii) il effectue un investissement sans avoir obtenu l'approbation nécessaire ou malgré le fait que celui-ci a été interdit, (iii) il ne s'est pas départi de l'entreprise acquise comme il devait le faire, ou (iv) il ne respecte pas un engagement. Si un engagement n'a pas été respecté, la LIC prévoit que le ministre responsable peut accepter un nouvel engagement ou un engagement « de rechange ».

Parmi les sanctions pouvant être imposées figurent notamment l'obligation de se départir de l'entreprise acquise, la révocation ou la suspension des droits de vote et l'imposition de sanctions pécuniaires pouvant être importantes (sous réserve d'une sanction maximale de 10 000 dollars canadiens par jour où le non-Canadien est en violation de la LIC). Il faut toutefois savoir que, dans les faits, de telles sanctions ont rarement été imposées. Le gouvernement canadien n'a qu'une seule fois poursuivi un investisseur pour non-respect d'engagements pris en vertu de la LIC. L'affaire a fait l'objet d'un règlement extrajudiciaire.

Annexe :

Pays membres de l'Organisation mondiale du commerce

(Liste vérifiée en date du 21 janvier 2019)

Afghanistan	Congo	Irlande	Nigéria	Sénégal
Afrique du Sud	Corée, République de	Islande	Norvège	Sierra Leone
Albanie	Costa Rica	Israël	Nouvelle-Zélande	Singapour
Allemagne	Cote d'Ivoire	Italie	Oman	Seychelles
Ancienne République yougoslave de Macédoine (ARYM)	Croatie	Jamaïque	Ouganda	Slovénie
Angola	Cuba	Japon	Pakistan	Sri Lanka
Antigua-et-Barbuda	Danemark	Jordanie	Panama	Suède
Arabie Saoudite, Royaume d'	Djibouti	Kazakhstan	Papouasie-Nouvelle-Guinée	Suisse
Argentine	Dominique	Kenya	Paraguay	Suriname
Arménie	Égypte	Koweït, État du	Pays-Bas	Swaziland
Australie	El Salvador	Lesotho	Pérou	Taipei chinois
Autriche	Émirats arabes unis	Lettonie	Philippines	Tadjikistan
Bahreïn, Royaume de	Équateur	Libéria	Pologne	Tanzanie
Bangladesh	Espagne	Liechtenstein	Portugal	Tchad
Barbade	Estonie	Lituanie	Qatar	Thaïlande
Belgique	États-Unis d'Amérique	Luxembourg	République centrafricaine	Togo
Belize	Fédération de Russie	Macao, Chine	République démocratique du Congo	Tonga
Bénin	Fidji	Madagascar	République démocratique populaire lao	Trinité-et-Tobago
Bolivie, État plurinational de	Finlande	Malawi	République dominicaine	Tunisie
Botswana	France	Malaisie	République kirghize	Turquie
Brésil	Gabon	Maldives	République slovaque	Ukraine
Brunei Darussalam	Gambie	Mali	République tchèque	Union européenne (anciennement les Communautés européennes)
Bulgarie	Géorgie	Malte	Roumanie	Uruguay
Burkina Faso	Ghana	Maroc	Royaume-Uni	Vanuatu
Burundi	Grèce	Maurice	Rwanda	Vénézuéla, République bolivarienne du
Cambodge	Grenade	Mauritanie	Sainte-Lucie	Vietnam
Cameroun	Guatemala	Mexique	Saint-Kitts-et-Nevis	Yémen
Canada	Guinée	Moldova, République de	Saint-Vincent-et-les-Grenadines	Zambie
Cap-Vert	Guinée-Bissau	Mongolie	Samoa	Zimbabwe
Chili	Guyana	Monténégro		
Chine	Haïti	Mozambique		
Chypre	Honduras	Myanmar		
Colombie	Hong Kong, Chine	Namibie		
	Hongrie	Népal		
	Îles Salomon	Nicaragua		
	Inde	Niger		
	Indonésie			

Personnes-ressources

Si vous désirez obtenir de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec nous ou visitez notre site Web au www.dwpv.com. Les informations figurant dans ce guide ne constituent pas un avis juridique. Nous vous invitons à communiquer avec nous directement si vous avez des questions précises.



George N. Addy

gaddy@dwpv.com
416.863.5588



Anita Banicevic

abanicevic@dwpv.com
416.863.5523



John Bodrug

jbodrug@dwpv.com
416.863.5576



Jim Dinning

jdinning@dwpv.com
416.367.7462



Mark C. Katz

mkatz@dwpv.com
416.863.5578



Hillel W. Rosen

hrosen@dwpv.com
514.841.6443



Charles Tingley

ctingley@dwpv.com
416.367.6963

DAVIES

MONTRÉAL

1501, avenue McGill College, 26e étage
Montréal (Québec) Canada
H3A 3N9

514.841.6400

TORONTO

155 Wellington Street West
Toronto ON Canada
M5V 3J7

416.863.0900

NEW YORK

900 Third Avenue, 24th floor
New York NY U.S.A. 10022

212.588.5500