

15 JANVIER 2020

Le Rapport annuel concernant l'examen de l'investissement étranger au Canada témoigne d'un recentrage vers les préoccupations relatives à la sécurité nationale

Auteurs : [Mark Katz](#), [Charles Tingley](#) et [Anita Banicevic](#)

Le Rapport annuel officiel concernant l'application de la *Loi sur Investissement Canada* (la « LIC ») pour l'exercice 2018-2019 a été rendu public à la fin de 2019. Ce document présente différentes statistiques et les faits saillants survenus pendant la période de référence (soit du 1^{er} avril 2018 au 31 mars 2019) relativement aux deux processus d'examen menés en application de la LIC :

- l'examen selon le critère de l'« avantage net » mené à l'égard des investissements visant des entreprises canadiennes qui ne sont pas des entreprises culturelles¹, à l'issue duquel le gouvernement canadien peut refuser d'autoriser un investissement par un non-Canadien au motif que celui-ci n'est pas à l'avantage net du Canada selon les critères prévus dans la LIC, dont l'incidence de l'investissement sur le niveau et la nature de l'activité économique au Canada (l'emploi, par exemple) et le degré et l'importance de la participation continue de Canadiens dans l'entreprise;
- l'examen relatif à la « sécurité nationale », selon lequel le gouvernement canadien peut refuser ou dénouer un investissement effectué par un non-Canadien parce qu'il est susceptible de « porter atteinte » à la sécurité nationale du Canada, concept qui n'est pas défini dans la LIC.

Étant donné que le gouvernement canadien fournit rarement de l'information détaillée sur les examens effectués en vertu de la LIC, refusant même parfois de dévoiler le fait qu'un examen a eu lieu, les rapports annuels sont des outils indispensables pour glaner de l'information (quoique partielle) sur les rouages des examens effectués en vertu de la LIC.

Sont présentés ci-après les points saillants du rapport annuel concernant l'application de la LIC pour l'année 2018-2019 :

Baisse constante du nombre d'examens selon le critère de l'avantage net

Un élément qui ressort du rapport de 2018-2019 est que le nombre d'examens selon le critère de l'avantage net demeure à un creux historique. Au cours de cette période, seulement neuf demandes d'examen de l'avantage net ont été déposées aux termes de la LIC, et toutes ont été approuvées, sur un total de 962 dossiers d'investissement. Pour le reste des 953 dossiers, seul l'avis doit être soumis conformément à la loi en l'absence de l'obligation de déposer une demande d'examen de l'avantage net préalable à la clôture de l'investissement concerné.

Ce total de 9 demandes d'examen se situe bien en deçà de la moyenne de 17 par année enregistrée entre 2014 et 2017, et représente moins de la moitié des 22 demandes d'examen déposées au cours du seul exercice 2016-2017. En revanche, le nombre d'avis (se rapportant à des opérations dont la valeur est inférieure aux seuils d'examen) a beaucoup augmenté au cours du dernier exercice et atteint 953 (742 en 2017-2018).

La réduction soutenue du nombre d'examens selon le critère de l'avantage net est attribuable à la décision récente du gouvernement canadien de relever considérablement les seuils de valeurs d'entreprise les plus couramment utilisés donnant lieu à un examen selon le critère de l'avantage net – à savoir, les seuils applicables aux acquisitions directes d'entreprises canadiennes qui ne sont pas des entreprises culturelles par des investisseurs OMC ou des investisseurs provenant de pays partenaires en vertu de traités commerciaux. Ces seuils, qui seront de nouveau haussés à l'égard des investissements réalisés en 2020, devraient s'établir à 1,075 milliard de dollars

pour les investisseurs OMC et à 1,613 milliard de dollars pour les investisseurs provenant de pays partenaires en vertu de traités commerciaux. (Deux seuils plus bas s'appliquent aux investisseurs qui sont des sociétés d'État.) C'est donc dire qu'il faut s'attendre à une nouvelle baisse (ou au mieux à la stagnation) du nombre de demandes d'examen futures selon le critère de l'avantage net.

On semble par conséquent lancer aux investisseurs non canadiens un message selon lequel le processus d'examen de l'avantage net sera de moins en moins souvent une source de préoccupation et qu'il ne visera qu'un tout petit nombre d'opérations à l'avenir.

Les examens relatifs à la sécurité nationale sont une source croissante de préoccupations... mais ne sonnent pas nécessairement le glas d'une opération

L'autre élément marquant de l'exercice 2018-2019 est que, par contraste avec le processus d'examen de l'avantage net, le processus d'examen relatif à la sécurité nationale gagne en importance.

Et cela est vrai même si « seulement » sept examens relatifs à la sécurité nationale ont été officiellement lancés en 2018-2019. Bien que ce nombre d'examens puisse sembler (et soit) objectivement faible, il s'agit du nombre le plus élevé enregistré au cours d'une même année depuis que le processus d'examen relatif à la sécurité nationale a été créé en 2009.

De plus, contrairement à l'examen selon le critère de l'avantage net, l'investissement assujéti à l'examen relatif à la sécurité nationale est beaucoup plus susceptible d'être bloqué, dénoué ou autorisé à aller de l'avant mais à certaines conditions (« mesures d'atténuation »).

Avant la publication du rapport annuel 2018-2019, on aurait pu dire que le déclenchement d'un examen relatif à la sécurité nationale entraînait invariablement une forme quelconque de redressement. Or, le rapport annuel révèle que trois des sept examens menés en 2018-2019 n'ont donné lieu à aucune mesure de redressement. C'est la première fois que des investisseurs réussissent à se tirer indemnes du processus d'examen relatif à la sécurité nationale. Par contre, deux examens ont débouché sur des ordonnances de désinvestissement, et, dans les deux autres cas, les investisseurs ont retiré leur proposition d'investissement avant la fin de l'examen. Il y a lieu de noter que dans deux autres cas, qui ne font pas partie des sept examens officiels, des avis d'examen possible relatif à la sécurité nationale ont été émis mais aucune autre mesure, c'est-à-dire un examen officiel, n'a finalement été prise.

C'est donc dire que les investisseurs non canadiens n'ont plus nécessairement à craindre que le processus d'examen relatif à la sécurité nationale prévu par la LIC les condamne à une version contemporaine de l'enfer de Dante – « Vous qui entrez, laissez toute espérance ». Mais ce n'est pas le paradis non plus. La très vaste majorité, soit 19, des 22 examens relatifs à la sécurité nationale qui auraient été menés à ce jour ont débouché sur des interdictions, des désinvestissements ou l'imposition de conditions, ou encore l'abandon des transactions par les parties.

L'évaluation du risque pour la sécurité nationale : la liste des suspects s'allonge

Un autre point qui ressort du rapport annuel 2018-2019 concerne l'élargissement des critères susceptibles de donner ouverture à un examen relatif à la sécurité nationale, en conséquence de quoi il y aura lieu de faire preuve de prudence afin d'éviter d'agir sur le fondement d'hypothèses erronées.

Ce n'est pas seulement la Chine

Nul ne se surprendra d'apprendre que quatre des sept examens relatifs à la sécurité nationale menés en 2018-2019 concernaient des investisseurs chinois. En fait, sur les 22 examens relatifs à la sécurité nationale effectués depuis 2009, près du deux tiers d'entre eux (soit 14 au total) visaient des investissements en provenance de la Chine.²

Cependant, deux des examens menés en 2018-2019 (dont un qui s'est soldé par une ordonnance de désinvestissement) visaient des investisseurs suisses, et un autre concernait un investisseur de Singapour (celui-ci a été retiré). On pourrait croire que les investisseurs provenant de ces ressorts seraient moins susceptibles de soulever des préoccupations liées à la sécurité nationale. Les faits n'ont pas été rendus publics, mais il n'est pas impossible qu'il s'agisse là d'un cas où l'investisseur, bien que provenant d'un ressort en apparence inoffensif, était considéré comme ayant des liens ou des rapports (par ex. par le truchement d'actionnaires importants, d'administrateurs,

de dirigeants, de créanciers ou de partenaires commerciaux) suffisamment équivoques pour motiver un examen ou des mesures de redressement.

Les entreprises ne peuvent donc simplement conclure à l'absence probable d'examen relatif à la sécurité nationale du seul fait que l'investisseur est contrôlé par des ressortissants d'un pays en apparence « inoffensif ». Une enquête plus circonstanciée, tenant compte notamment de facteurs comme la nature et les sources du financement de l'investissement et l'identité des personnes clés détenant le contrôle, pourrait être nécessaire.

Les préoccupations relatives à la sécurité nationale ne se limitent pas à quelques secteurs d'activité

Dans le passé, les examens relatifs à la sécurité nationale ont surtout visé des investissements que des entités non canadiennes projetaient de faire dans des secteurs comme les infrastructures, la technologie et les télécommunications. S'il est probable que les acquisitions dans ces secteurs continueront d'alimenter le moulin des examens relatifs à la sécurité nationale, il reste que les statistiques figurant dans le dernier rapport annuel font aussi référence à une variété de secteurs d'activité présentés comme soulevant de possibles préoccupations en matière sécurité nationale (dont la fabrication d'équipement, les activités liées à « l'intermédiation financière » et les achats électroniques). En conséquence, et comme on le constate dans d'autres ressorts, les conseillers d'investisseurs non canadiens devraient prendre en compte non seulement la nature du secteur d'activité, mais également le fait que l'investisseur pourrait être en mesure d'accéder à des données personnelles ou autres pouvant être sensibles du point de vue de la sécurité nationale.

...ni aux opérations de fusion et acquisition

Par ailleurs, il semblerait que certains des examens relatifs à la sécurité nationale menés en 2018-2019 aient été provoqués par la création de nouvelles entreprises canadiennes plutôt que par des acquisitions d'entreprises existantes. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une situation nouvelle (par exemple, en 2015, les médias ont rapporté que le gouvernement canadien avait interdit le projet d'un investisseur chinois de construire une nouvelle usine parce qu'elle se serait trouvée à proximité du siège de l'Agence spatiale canadienne), cela signale néanmoins que les examens relatifs à la sécurité nationale ne visent pas que les opérations de fusion et acquisition. D'ailleurs, il y a eu lieu de rappeler aux investisseurs que, contrairement à l'examen selon le critère de l'avantage net, l'examen relatif à la sécurité nationale n'est pas limité aux acquisitions de participations de contrôle; les acquisitions de participations minoritaires peuvent également en être l'objet.

Dans la pratique, les investissements en provenance de la Chine et d'autres pays se poursuivent

Malgré la proportion que représentent, sans grande surprise, les examens relatifs à la sécurité nationale visant des investissements en provenance de la Chine par rapport au total des examens, le rapport annuel 2018-2019 montre aussi clairement que de nombreux investissements de Chine (et d'ailleurs) vont de l'avant sans faire l'objet d'un examen. Ainsi, la Chine a été la troisième source d'investissement en importance au cours de la période de référence (derrière les États-Unis et l'Union européenne) selon le nombre d'investissements ayant fait l'objet d'un avis, et la quatrième source d'investissement, selon la valeur des actifs des entreprises ciblées. Selon le rapport annuel 2018-2019, au dernier exercice, 36 investissements ont été effectués par des investisseurs chinois dans des entreprises canadiennes (qui ne sont pas des entreprises culturelles); de ce nombre, seulement 4 (ou 11 %) ont fait l'objet d'un examen relatif à la sécurité nationale et seulement 2 (ou 5,5 %) ont subi des répercussions importantes – qui se sont traduites par un désinvestissement ou un retrait. Les investissements chinois qui n'ont pas fait l'objet d'un examen relatif à la sécurité nationale au cours de la période de référence comprenaient des investissements les secteurs de la fabrication, des ressources, et du commerce de gros et de détail. Quand on prend en compte le fait qu'il y a vraisemblablement eu beaucoup d'autres investissements chinois ne nécessitant pas la remise d'un avis (acquisition de participations minoritaires), la proportion des investissements en provenance de la Chine visés par un examen relatif à la sécurité nationale par rapport à l'ensemble des investissements de ce pays est probablement encore plus faible. Il est intéressant de constater par ailleurs que 19 investissements d'Iran ont été effectués en 2018-2019 (quoique de taille apparemment très modeste), et aucun d'entre eux ne semble avoir fait l'objet d'un examen officiel relatif à la sécurité nationale.

¹ Les statistiques figurant dans le rapport annuel 2018-2019 ne tiennent pas compte des investissements étrangers dans des entreprises canadiennes qui se consacrent entièrement à des « activités culturelles », dont la responsabilité aux termes de la *Loi sur l'investissement Canada* incombe à un autre ministère (Patrimoine canadien).

² Cela étant dit, sur les quatre investissements chinois visés par un examen relatif à la sécurité nationale en 2018-2019, deux ont pu aller de l'avant sans autre mesure.

Personnes-ressources : [Anita Banicevic](#), [Mark Katz](#) et [Charles Tingley](#).

Les renseignements et commentaires fournis aux présentes sont de nature générale et ne se veulent pas des conseils ou des opinions applicables à des cas particuliers. Nous invitons le lecteur qui souhaite obtenir des précisions sur l'application de la loi à des situations particulières à s'adresser à un conseiller professionnel.