

1 MARS 2022

Examen de l'investissement étranger au Canada : Principales tendances et principaux changements à prévoir en 2022

Auteurs : [Mark Katz](#), [Charles Tingley](#) et Joshua Hollenberg

Les événements survenus au cours de la dernière année, teintés par l'évolution des politiques gouvernementales vers une vision élargie des intérêts du Canada en matière de sécurité nationale, ont suscité beaucoup d'intérêt eu égard à l'application de la *Loi sur l'investissement Canada* (la « LIC »), en particulier en ce qui a trait aux examens relatifs à la sécurité nationale. Nous nous attendons à ce que l'examen des investissements étrangers demeure une question d'intérêt public et politique en 2022, compte tenu du projet de modification du régime prévu par la LIC qui se profile à l'horizon, projet qui vise notamment à modifier les règlements de la LIC en vue d'autoriser – et d'inciter – les investisseurs étrangers à déclarer certains types d'investissements effectués par des non-Canadiens qui ne sont pas autrement obligés de déposer un avis d'investissement.

En complément de notre [revue annuelle](#) des principales tendances et des principaux faits nouveaux en droit canadien de la concurrence, nous examinons ci-dessous ce à quoi il faut s'attendre en matière d'examen de l'investissement étranger au Canada en vertu de la LIC au cours de l'année à venir.

A. L'année en revue : L'importance des examens relatifs à la sécurité nationale

Le 2 février 2022, le ministère de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique du Canada, qui est responsable de la LIC, a publié son rapport annuel 2020-2021 concernant la LIC, pour la période allant du 1er avril 2020 au 31 mars 2021.

Étant donné que le gouvernement canadien fournit rarement des détails précis sur les examens qu'il effectue en vertu de la LIC et qu'il refuse même de confirmer si un examen a eu lieu, nous considérons les rapports annuels comme un outil indispensable pour avoir un aperçu du fonctionnement des mécanismes d'examen prévus par la LIC.

Le plus récent rapport annuel ne fait pas exception. Plus important encore, il confirme la volonté accrue du gouvernement canadien de tirer parti des outils que lui procure la LIC pour évaluer les répercussions des investissements étrangers sur la sécurité nationale. Ainsi, en 2020-2021, malgré une diminution du nombre d'investissements étrangers au Canada en raison de facteurs liés à la COVID-19, il y a eu presque autant d'investissements soumis soit à des examens relatifs à la sécurité nationale formels, soit à des contrôles renforcés, qu'au cours des quatre années de déclaration précédentes *réunies*. Comme ce fut le cas ces dernières années, les investissements en provenance de la Chine ont continué de faire l'objet d'examens relatifs à la sécurité nationale approfondis par rapport aux investissements en provenance d'autres pays.

En même temps, et contrairement à la croissance des examens relatifs à la sécurité nationale effectués en vertu de la LIC, les données du rapport annuel révèlent une diminution soutenue du nombre d'investissements étrangers examinés en vertu du mécanisme traditionnel de l'« avantage net pour le Canada » prévu par la LIC, selon lequel un grand nombre de certains investissements sont évalués en fonction de leur incidence probable sur l'activité économique du Canada.

Ces changements sont examinés en détail ci-dessous.

Baisse du nombre d'examens de l'avantage net

Le mécanisme d'examen de l'avantage net prévu par la LIC oblige un investisseur étranger à demander au gouvernement d'approuver toute acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne dont la valeur dépasse certains seuils. Si ces seuils ne sont pas dépassés, la seule obligation de l'investisseur consiste à informer le gouvernement de la transaction au moyen du dépôt d'un « avis d'investissement » dans un délai de 30 jours après la clôture. Des obligations d'avis similaires s'appliquent lorsqu'un investisseur étranger établit une nouvelle entreprise au Canada.

En 2020-2021, les investisseurs étrangers ont soumis 826 dossiers en vertu de la LIC pour l'acquisition du contrôle d'entreprises canadiennes qui n'étaient pas des entreprises « culturelles » canadiennes; ce nombre était inférieur de 20 % aux 1 032 dossiers soumis en 2019-2020. Selon le rapport annuel, la baisse du nombre d'investissements étrangers au Canada est principalement attribuable à la COVID-19. Cette conclusion correspond aux statistiques tenues par l'Organisation de coopération et de développement économiques (l'« OCDE »), qui indiquent une réduction d'environ 50 % des investissements directs étrangers pour le Canada et les pays de l'OCDE en 2020 par rapport à 2019.

Sur les 826 dossiers, 823 étaient des avis d'investissement, soit une baisse de 19,6 % par rapport aux 1 023 avis d'investissement déposés en 2019-2020, et seulement trois étaient des demandes d'examen et d'approbation selon le critère de l'avantage net. Ces trois demandes d'examen représentent une baisse par rapport aux neuf déposées au cours de chacun des trois exercices précédents, et sont nettement moindres que les 22 demandes déposées en 2016-2017. En effet, l'exercice 2020-2021 a connu le nombre de demandes d'examen selon le critère de l'avantage net le plus bas depuis la publication du premier rapport annuel en 2010-2011. Cette situation s'inscrit dans une tendance à la baisse significative du nombre de demandes d'examen depuis que les seuils financiers applicables à ces examens ont été considérablement relevés en 2009 (voir notre [analyse](#) précédente de cette tendance).

Malgré la baisse spectaculaire du nombre de dossiers relatifs à l'avantage net, la durée médiane de ces examens en 2020-2021 était de 77 jours, en légère hausse par rapport à 76 jours en 2019-2020 et à 64 jours en 2018-2019.

Les États-Unis restent la principale source d'investissements déclarés soumis au régime d'examen selon le critère de l'avantage net prévu par la LIC, lesquels représentent 54,2 % de tous les investissements, contre 47 % l'année précédente. L'Union européenne arrive en deuxième position, ayant réalisé collectivement 146 investissements en 2020-2021, contre 164 l'année précédente. Le Royaume-Uni est tombé en troisième place, alors qu'il occupait la deuxième place l'année précédente, avec 61 investissements en 2020-2021, contre 184 l'année précédente; toutefois, ce chiffre était plus conforme à celui de 2018-2019, qui était de 74 investissements. Le nombre d'investissements chinois est resté stable, soit 42 en 2020-2021, contre 41 en 2019-2020 et 36 en 2018-2019.

Accroissement du nombre d'examens relatifs à la sécurité nationale

En vertu du régime d'examen relatif à la sécurité nationale prévu par la LIC, le gouvernement canadien peut examiner tous les investissements étrangers – quelle qu'en soit la valeur – pour déterminer s'ils sont susceptibles de « porter atteinte » à la sécurité nationale du Canada. Si le gouvernement détecte des problèmes de sécurité nationale, il peut interdire la poursuite de l'investissement, ordonner le dessaisissement de l'entreprise canadienne (si la clôture a déjà eu lieu) ou permettre la poursuite de l'investissement à des conditions que l'investisseur doit accepter (sans quoi il doit abandonner la transaction).

Contrairement au nombre d'examens selon le critère de l'avantage net, qui est en baisse, le nombre d'examens relatifs à la sécurité nationale effectués aux termes de la LIC a atteint de nouveaux sommets en 2020-2021, 23 avis ayant été envoyés à des non-Canadiens pour les informer qu'ils étaient susceptibles de faire l'objet d'un examen relatif à la sécurité nationale. Ce nombre, qui a établi un nouveau record par une marge substantielle, équivaut presque au nombre total d'avis qui ont été émis au cours des quatre années précédentes réunies. En outre, un autre investissement a directement fait l'objet d'un examen relatif à la sécurité nationale formel.

Onze de ces 24 investissements ont fait l'objet d'un examen relatif à la sécurité nationale formel (12 n'ont pas fait l'objet d'un examen formel et un a été retiré par l'investisseur). Ce nombre représente une augmentation notable par rapport aux sept examens amorcés l'année précédente, et constitue plus du tiers des 32 examens relatifs à la sécurité nationale entamés au cours des cinq dernières années. Les examens ont également été très longs à réaliser, soit 225 jours en moyenne pour les 11 investissements.

Sur les 11 investissements qui ont fait l'objet d'un examen formel, quatre ont été autorisés à aller de l'avant à l'issue de l'examen sans qu'aucune mesure corrective ne soit requise, et des sanctions ont été imposées dans trois cas. Dans les quatre autres cas, les investisseurs ont abandonné leurs transactions après le début des examens formels. Dans les trois cas où des sanctions ont été imposées, un investisseur s'est vu interdire de poursuivre son investissement, et les deux autres ont dû liquider leurs investissements ou s'en départir.

Un mandat de sécurité nationale élargi

L'augmentation du nombre de transactions soumises à un mécanisme formel d'examen relatif à la sécurité nationale est probablement attribuable, au moins en partie, à la décision du gouvernement d'élargir le champ des préoccupations potentielles en matière de sécurité nationale, en grande partie à la suite de la pandémie de COVID-19. Cette politique a été formulée dans les lignes directrices fédérales publiées en avril 2020 et dans les Lignes directrices sur l'examen relatif à la sécurité nationale des investissements (révisées en mars 2021). Ainsi, les préoccupations liées à la pandémie ont amené le gouvernement à examiner de plus près les investissements liés à la santé publique et à l'approvisionnement en biens et en services essentiels. Le gouvernement aura désormais comme politique d'« examiner de plus près » tous les investissements des États étrangers ou des sociétés d'État étrangères sous l'angle de la sécurité nationale, quelle que soit leur valeur. Parmi les autres domaines d'examen nouvellement identifiés figurent les transactions portant sur les « minéraux critiques » et l'accès aux données personnelles des Canadiens.

L'élargissement du mandat du gouvernement se reflète dans les investissements qui ont fait l'objet d'un examen relatif à la sécurité nationale formel en 2020-2021 : l'un d'entre eux concernait l'industrie de l'extraction de minerais métalliques (qui a été bloqué) et trois concernaient la fabrication de produits pharmaceutiques, la recherche scientifique ou les laboratoires médicaux et d'analyses diagnostiques (un a été autorisé à poursuivre et deux ont fait l'objet d'un retrait). Cinq des investissements concernaient des logiciels, des systèmes informatiques ou d'autres télécommunications, un champ de préoccupations plus « traditionnel » en matière de sécurité nationale (trois ont été autorisés à poursuivre et deux ont dû faire l'objet d'une liquidation ou d'un dessaisissement); deux autres investissements concernaient la construction de routes et le traitement de transactions financières (tous deux ont fait l'objet d'un retrait).

La Chine reste un point central des examens relatifs à la sécurité nationale

Le rapport annuel confirme également que le territoire de l'investisseur reste un facteur clé pour déterminer si une transaction est sujette à un examen relatif à la sécurité nationale. Les investissements chinois ont compté pour sept des onze investissements soumis à un examen relatif à la sécurité nationale formel en 2020-2021; un investissement a été bloqué et un autre a fait l'objet d'un dessaisissement. Cela n'est pas surprenant, car les investissements chinois ont constitué la majorité des investissements soumis à un examen relatif à la sécurité nationale formel au cours de quatre des cinq dernières années. Les pays de provenance des autres investissements soumis à des examens formels en 2020-2021 étaient Taïwan, la Russie, le Royaume-Uni et les Émirats arabes unis (parmi lesquels l'autre transaction nécessitant un dessaisissement).

Bien que le rapport annuel ne mentionne pas les parties aux transactions sujettes à un examen relatif à la sécurité nationale, au moins certaines des transactions liées à la Chine peuvent être glanées dans les archives publiques. La seule transaction bloquée est probablement le projet d'acquisition de TMAC Resources Inc. par Shandong Gold Mining Co. Ltd., que le gouvernement canadien a interdit en décembre 2020 (voir une [analyse détaillée de la transaction relative à TMAC](#)). De même, l'investissement chinois qui a dû faire l'objet d'une liquidation ou d'un dessaisissement était probablement China Mobile International (Canada) Inc., qui n'a déposé son avis d'investissement en vertu de la LIC qu'en octobre 2020, soit environ quatre ans après la date limite prévue par la loi, et qui a reçu l'ordre en 2021 de liquider ses activités canadiennes ou de s'en départir (voir une [analyse détaillée de la décision dans l'affaire China Mobile](#)).

B. L'année à venir : Projet éventuel de modification du régime prévu par la LIC?

Maintien de l'accent sur la sécurité nationale

Nous nous attendons à ce que les questions relatives à l'examen des investissements étrangers, surtout en ce qui concerne les examens relatifs à la sécurité nationale, continuent d'attirer l'attention du public et du gouvernement en 2022. Cette attention est inévitable, car le

gouvernement canadien continue de chercher le juste équilibre entre l'encouragement des investissements étrangers au Canada et la protection contre les risques pour la sécurité nationale, notamment en ce qui concerne la Chine.

Cette question a été mise en avant dans le débat en cours sur la décision du gouvernement canadien de ne pas procéder à un examen relatif à la sécurité nationale formel dans le cadre de l'acquisition de Neo Lithium Corp. par Zijin Mining Group Co., une société d'État chinoise. Les partis d'opposition au Parlement canadien et certains experts en sécurité nationale ont critiqué la décision du gouvernement, et des auditions parlementaires sont en cours pour approfondir la question. Selon le gouvernement, cependant, un examen approprié et complet a été mené, concluant finalement que la transaction ne porterait pas atteinte à la sécurité nationale du Canada et qu'un examen relatif à la sécurité nationale formel n'était pas nécessaire. Le gouvernement semble être arrivé à cette conclusion parce que, entre autres, les actifs de Neo Lithium sont situés en Amérique du Sud et que le type de lithium produit par Neo Lithium est d'une importance stratégique relativement moindre que les autres types de lithium.

Modifications recommandées par le Comité permanent

La controverse entourant Neo Lithium démontre amplement le débat actuel sur la vigueur avec laquelle le mécanisme d'examen relatif à la sécurité nationale prévu par la LIC devrait être appliqué. Compte tenu de l'examen minutieux et de l'attention dont cette affaire a fait l'objet, elle pourrait également renforcer les demandes actuelles de modification de la LIC et d'amélioration de son application, en particulier en ce qui concerne les questions de sécurité nationale.

En mars 2021, par exemple, le Comité permanent de l'industrie et de la technologie de la Chambre des communes (le « Comité INDU ») a formulé plusieurs recommandations visant à modifier la LIC, dont les suivantes :

1. Le seuil d'évaluation de tous les investissements des sociétés d'État devrait être ramené à zéro, de façon à ce que chaque transaction fasse l'objet d'un examen, tant en ce qui a trait au critère de l'avantage net qu'à celui de la sécurité nationale prévus par la LIC.
2. La LIC devrait servir à protéger les secteurs stratégiques, notamment la santé, l'industrie pharmaceutique, l'agroalimentaire, l'industrie manufacturière, les ressources naturelles et les biens incorporels dans les domaines de l'innovation, de la propriété intellectuelle, des données et de l'« expertise ».
3. Toute entreprise ou entité canadienne qui possède un « bien de nature sensible » devrait être tenue d'envoyer un avis au gouvernement fédéral 30 jours avant de transférer ce bien à une entité étrangère.
4. Le gouvernement devrait être tenu d'expliquer les facteurs qui motivent les décisions prises aux termes de la LIC, et de rendre publics les engagements ou les conditions imposés aux investisseurs étrangers comme base de l'approbation des transactions.

Ces propositions n'ont pas force de loi et n'ont pas été intégrées dans les lignes directrices révisées de la LIC. Elles démontrent cependant la volonté des députés de réformer la LIC de façon plus draconienne à l'avenir.

Groupe de travail sur les menaces économiques à la sécurité nationale

En plus des travaux du Comité INDU, un groupe de travail du gouvernement fédéral dirige actuellement un examen interministériel des politiques visant à déterminer si des mesures supplémentaires sont nécessaires pour assurer que le Canada pourra continuer à répondre aux menaces économiques à la sécurité nationale. Les préoccupations comprennent particulièrement la perte de biens, de technologies et de propriété intellectuelle de nature sensible, l'utilisation malveillante de renseignements personnels sensibles de Canadiens et la compromission d'infrastructures essentielles.

Le groupe de travail étudie notamment la question de savoir si la LIC doit être modifiée, en se concentrant sur trois questions principales :

1. Les mécanismes de la LIC doivent-ils être modifiés afin d'élargir le champ des transactions qui sont sujettes à un examen obligatoire avant la clôture?

2. Les mesures d'atténuation (par exemple, les engagements) qui permettent de procéder à une transaction sous certaines conditions sont-elles efficaces pour traiter les problèmes potentiels de sécurité nationale?
3. Faut-il durcir les sanctions en cas de non-respect de la LIC?

Un rapport public résumant les commentaires reçus par le groupe de travail devrait être publié d'ici mai 2022.

Lettre de mandat au ministre responsable

L'élan en faveur de la réforme de la LIC a été renforcé récemment lorsque, dans la lettre de mandat qu'il a adressée dernièrement au ministre responsable de l'administration de la LIC, soit le ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie, François-Philippe Champagne, le premier ministre Justin Trudeau lui a demandé de « contribuer aux efforts globaux visant à promouvoir la sécurité économique et à lutter contre l'ingérence étrangère en procédant à l'examen et à la modernisation de la *Loi sur l'investissement Canada* pour renforcer le mécanisme d'examen en matière de sécurité nationale et mieux évaluer et atténuer les menaces à la sécurité économique découlant des investissements étrangers ». Il est certes possible que le ministre prenne des mesures en 2022 en vue de transformer ces orientations de haut niveau en des changements concrets dans la LIC.

Projet de règlement visant à permettre certains dépôts en vertu de la LIC et à prolonger le délai d'examen des investissements qui ne font pas l'objet d'un avis

Dans l'intervalle, le gouvernement a proposé des modifications plus modestes aux règlements d'application de la LIC qui permettraient aux investisseurs d'obtenir un accord présumé avant la clôture à l'égard de certains investissements étrangers, tels que les acquisitions de participations minoritaires, qui ne nécessitent pas le dépôt d'une demande ou d'un avis d'investissement en vertu du régime de l'avantage net prévu par la LIC.

Le mécanisme d'examen relatif à la sécurité nationale ne prévoit pas actuellement le dépôt d'un avis d'investissement s'il n'est pas nécessaire de faire une déclaration quant à l'avantage net – par exemple, dans le cas de certaines acquisitions de participations minoritaires. Le gouvernement peut amorcer un examen relatif à la sécurité nationale formel à l'égard d'une telle transaction dans un délai de 45 jours suivant sa mise en œuvre. Les investisseurs peuvent communiquer avec le gouvernement de manière informelle pour discuter de leurs transactions avant la clôture, mais ils ne peuvent obtenir l'assurance formelle qu'ils ne seront pas soumis à un examen relatif à la sécurité nationale avant l'expiration du délai de 45 jours suivant la clôture. En vertu des modifications proposées, les investisseurs pourraient déposer les renseignements prescrits avant la clôture et, si aucune question n'est soulevée dans les 45 jours, procéder avec l'assurance que l'investissement ne sera pas contesté après la clôture. À l'heure actuelle, un investissement qui ne fait pas l'objet d'un avis et qui est porté à l'attention du gouvernement seulement après l'expiration du délai de 45 jours ne peut être assujéti à un examen relatif à la sécurité nationale formel.

Toutefois, les modifications que le gouvernement a proposées dernièrement tiennent compte d'un tel scénario et prévoient que les transactions qui ne font pas l'objet d'un avis, que ce soit avant ou après la clôture, seront susceptibles de faire l'objet d'un examen relatif à la sécurité nationale jusqu'à *cinq ans* après la clôture. Il s'agit d'une augmentation considérable par rapport au délai actuel de 45 jours. En d'autres termes, si les modifications sont adoptées, les investisseurs étrangers qui auraient autrement choisi de ne pas aviser le gouvernement d'une transaction seraient désormais confrontés au choix de fournir un avis « volontairement » ou d'accepter le risque de subir éventuellement un examen relatif à la sécurité nationale au cours des cinq années suivantes. Par-là, le gouvernement semble vouloir étendre l'obligation de déclaration aux transactions qui sont susceptibles de poser un problème de sécurité nationale et qui, autrement, auraient échappé à son attention.

Conséquences

Accroissement du nombre d'examens relatifs à la sécurité nationale, mais tout est une question de perspective

En 2020-2021, un nombre record d'investissements ont reçu des avis initiaux dans le cadre du mécanisme d'examen relatif à la sécurité nationale, et un nombre record d'investissements ont ensuite été soumis à des examens formels complets. Cela dit, il est nécessaire de mettre cela en perspective. Plus important encore, seul un infime pourcentage des transactions entrant dans le champ d'application de la

LIC font l'objet d'un examen relatif à la sécurité nationale formel. Au cours de l'année dernière, par exemple, seulement 11 des 826 transactions (1,3 %) pour lesquelles des dépôts ont été effectués au titre de la LIC ont fait l'objet d'un examen formel complet en matière de sécurité nationale. De plus, sur ces 11 transactions, quatre ont été autorisées à aller de l'avant sans qu'aucune mesure corrective ne soit requise, ce qui signifie que même le lancement d'un examen relatif à la sécurité nationale complet ne signifie pas nécessairement le retrait inévitable de la transaction.

Le Canada et les investissements chinois : une question d'équilibre

Même dans le cas des investissements chinois, la réalisation d'un examen relatif à la sécurité nationale ne signifie pas nécessairement leur interdiction. Sur les 42 investissements chinois qui ont fait l'objet d'un dépôt en vertu de la LIC en 2020-2021, seuls deux (moins de 5 %) ont finalement été interdits ou ont fait l'objet d'une ordonnance de liquidation. Cela a été le cas même si, dans les documents déposés devant les tribunaux dans le cadre de la procédure de dessaisissement de China Mobile, le gouvernement fédéral a fait une déclaration apparemment sans équivoque selon laquelle le gouvernement de la Chine est « [TRADUCTION LIBRE] une entité étrangère qui constitue une menace stratégique pour le Canada et qui mène des activités préjudiciables à la sécurité nationale et à la prospérité économique du Canada et d'autres pays aux vues similaires ».

Une planification minutieuse est nécessaire

En somme, la question de savoir avec quelle vigueur le mécanisme d'examen relatif à la sécurité nationale prévu par la LIC sera appliqué demeure non résolue et sera décidée au cas par cas. Par conséquent, les investisseurs étrangers potentiels au Canada doivent continuer à faire preuve de diligence en évaluant les répercussions potentielles de la LIC dans le cadre de la planification de leurs transactions. Tous changements potentiels, y compris les modifications susceptibles d'être apportées au régime prévu par la LIC, devront également être pris en compte dans l'analyse.

Personnes-ressources : [John Bodrug](#), [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.