

Les investissements étrangers au Canada : priorité à la sécurité nationale et à la libéralisation du régime de l'avantage net

18 DÉCEMBRE 2018 11 MIN DE LECTURE

Expertises Connexes

Auteurs(trice): [Kaeleigh Kuzma](#), [Shuli Rodal](#), [Michelle Lally](#)

Introduction

Jusqu'à maintenant, l'année 2018 a été mouvementée en ce qui concerne l'examen des investissements étrangers au Canada. Le régime de sécurité nationale du Canada a été au premier plan, à la suite de la décision du gouvernement du Canada de bloquer l'acquisition proposée de la société de construction Aecon Group Inc. par une société chinoise, au nom de la sécurité nationale. Entre-temps, la libéralisation du régime de l'avantage net du Canada, établi de longue date, s'est poursuivie.

Régime de sécurité nationale

L'un des points saillants de 2018 a été la décision du gouvernement canadien de bloquer l'acquisition proposée de la société de construction Aecon Group Inc. par China Communications Construction Company International Holding Limited (CCCI), sur le fondement que cet investissement porterait atteinte à la sécurité nationale du Canada. Ce n'était que la troisième opération bloquée sous le régime de la sécurité nationale du Canada, et la première à l'être par un gouvernement libéral.

La proposition d'acquisition de CCCI a été annoncée le 26 octobre 2017 et elle a rapidement fait débat au Canada. Il a été signalé que la prise de contrôle indirecte d'Aecon par le gouvernement chinois suscitait des inquiétudes en raison des activités d'Aecon dans les domaines de la construction de centrales nucléaires, d'installations militaires et de l'infrastructure de communication. Une ordonnance d'examen complet au titre de la sécurité nationale a été rendue au début de 2018 et, le 23 mai 2018, le gouvernement a annoncé sa décision de bloquer l'opération. De façon prévisible, il a été annoncé que la décision s'appuyait sur les conseils d'organismes canadiens responsables de la sécurité et du renseignement, mais aucune autre raison n'a été communiquée à cet égard (pour plus de renseignements sur cette décision, veuillez consulter notre bulletin d'Actualités Osler intitulé : « [La proposition d'acquisition d'Aecon par CCCI est bloquée pour des raisons de sécurité nationale](#) »).

La décision relative à Aecon constitue un développement important. Cependant, elle ne marque pas de changement dans l'approche globale du Canada quant à l'accueil réservé aux investissements étrangers.

Le gouvernement canadien a le pouvoir d'examiner en profondeur tout investissement étranger au Canada, quelle qu'en soit la taille, qui est susceptible de « compromettre la sécurité nationale », mais, à ce jour, le gouvernement fédéral a usé judicieusement de son

pouvoir d'examen au titre de la sécurité nationale. D'après les statistiques publiées par le ministère de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique (ISDE) pour l'exercice du 1^{er} avril 2017 au 31 mars 2018, seulement 4 des 742 investissements devant faire l'objet d'un examen ou d'un avis obligatoire au cours de cette période

- se sont vu délivrer un avis selon lequel une ordonnance d'examen relatif à la sécurité nationale allait être rendue;
- de ces quatre investissements, seulement deux ont fait l'objet d'une ordonnance officielle d'examen relatif la sécurité nationale, car l'un des investissements a été abandonné à la réception de l'avis, et le gouvernement a décidé de ne pas rendre d'ordonnance officielle à l'égard de l'autre investissement;
- des deux investissements qui ont fait l'objet d'ordonnances officielles, l'un a été abandonné, et l'autre, CCCI-Aecon, a été bloqué par le gouvernement.

Quoique chaque investissement nécessite une analyse des faits qui lui sont propres, les *Lignes directrices sur l'examen relatif à la sécurité nationale des investissements en vertu de la Loi sur l'Investissement Canada* (les « Lignes directrices ») publiées en 2016 donnent un aperçu utile des facteurs dont le gouvernement tient compte pour évaluer si un investissement risque de porter atteinte à la sécurité nationale. Les Lignes directrices indiquent que la nature des actifs ou des activités commerciales, les parties à l'opération et l'influence potentielle d'un tiers seront prises en considération. Par ailleurs, les Lignes directrices donnent une liste non exhaustive de neuf facteurs dont il est tenu compte dans l'évaluation, dont les effets de l'investissement sur les capacités et les intérêts en matière de défense au Canada, le transfert de technologies de nature délicate ou de savoir-faire à l'extérieur du Canada, les effets sur la sécurité des infrastructures essentielles du Canada et sur l'approvisionnement en biens et services essentiels, ainsi que la mesure dans laquelle l'investissement risque de permettre la surveillance ou l'espionnage par des intervenants étrangers.

Les Lignes directrices établissent clairement que le but de l'examen relatif à la sécurité nationale des investissements au Canada est la sécurité nationale, et non la sécurité économique. En 2018, le gouvernement canadien a rappelé avec fermeté ce point en réaction aux mesures prises par le président Trump en vue d'imposer à ses alliés des droits de douane sur l'acier et l'aluminium. Ce dernier soutenait que leurs exportations constituaient une menace à la sécurité des États-Unis.

Les Lignes directrices recommandent en outre que les parties prennent des mesures officielles ainsi que des mesures officieuses leur permettant d'établir les éléments touchant la sécurité nationale, dès le début de la planification de l'opération, et qu'elles procèdent sans tarder au dépôt de documents et à la consultation du gouvernement. À cet égard, Osler sait d'expérience que les entreprises canadiennes s'adressent fréquemment dès le début à ISDE pour obtenir une opinion informelle sur la question de savoir si les investisseurs étrangers concernés suscitent des préoccupations liées à la sécurité nationale; ISDE se fait un plaisir de répondre à ces demandes et de procéder au filtrage informel de ces investissements potentiels relativement rapidement, en collaboration avec les organismes responsables de la sécurité nationale, et d'offrir des lignes directrices informelles.

Même si les ordonnances officielles d'examen relatif à la sécurité nationale demeurent l'exception, ISDE a révélé franchement aux parties prenantes qu'advenant une ordonnance officielle d'examen relatif à la sécurité nationale, l'examen prendra au moins 200 jours. De toute évidence, peu d'opérations sont susceptibles de survivre à une aussi longue période d'incertitude. De plus, même si la loi autorise la prise de mesures autres que le blocage de l'investissement, ou dans le cas d'un investissement réalisé, le dessaisissement, il semble que ces mesures n'aient plus la cote aux États-Unis pour un éventail de raisons, qui pourraient

toutes s'appliquer aussi au Canada. D'après un rapport daté de juillet 2018 du Government Accountability Office des États-Unis, la perception de l'efficacité des mesures d'atténuation du risque d'atteinte à la sécurité nationale s'améliorerait si la mesure proposée est simple, relativement facile à mettre en œuvre et ne nécessite pas de surveillance par la suite. Par exemple, lorsque la préoccupation relative à la sécurité nationale découle de la proximité de la cible avec des installations gouvernementales, le fait de relocaliser l'entreprise serait une solution. Toutefois, dans la plupart des cas, lorsque le gouvernement établit qu'un projet d'investissement porte atteinte à la sécurité nationale, le seul recours viable est probablement un blocage complet, ou dans le cas d'une opération déjà conclue, un dessaisissement.

Modifications apportées au régime de sécurité nationale des États-Unis

Autre événement récent important qui aura une incidence sur le milieu des affaires canadien : la promulgation de la *Foreign Investment Risk Review Modernization Act* (la FIRRMA) aux États-Unis. La FIRRMA transforme de façon importante le mandat et le fonctionnement du Committee on Foreign Investment in the United States (le CFIUS), qui est responsable de l'examen de certains investissements étrangers afin d'en déterminer l'incidence sur la sécurité nationale des États-Unis. La FIRRMA étend l'éventail des investissements que le CFIUS peut examiner pour y incorporer, par exemple, les participations non majoritaires, les investissements dans des immeubles situés à proximité d'installations gouvernementales critiques, et toute acquisition d'entreprise, où que ce soit dans le monde, pourvu que cette entreprise vende des biens ou des services aux États-Unis. De plus, la FIRRMA prescrit un dépôt obligatoire préalable à la conclusion de l'opération à l'égard des investissements étrangers dans certains secteurs sensibles, et oblige le CFIUS à établir un processus officiel pour faciliter le partage de renseignements, qui ont une importance aux fins de l'analyse du risque pour la sécurité nationale, avec des alliés étrangers, dont le Canada.

On ignore encore ce que seront les conséquences de la FIRRMA, mais il y a consensus sur le fait qu'en conséquence de cette loi, l'examen relatif à la sécurité nationale deviendra une considération de plus en plus importante dans le cadre de la planification et de la négociation d'opérations lorsque l'entreprise cible a un lien avec les États-Unis. De plus, même si nous savons qu'il existe déjà une solide collaboration sur les questions de sécurité et les menaces entre les organismes de renseignement de la « collectivité des cinq » (composée de l'Australie, du Canada, de la Nouvelle-Zélande, du Royaume-Uni et des États-Unis), on devrait s'attendre à ce que la FIRRMA entraîne une collaboration accrue entre le CFIUS et les organismes de sécurité et de renseignement canadiens en ce qui concerne la sécurité relative aux investissements étrangers.

Par ailleurs, on s'attendrait à ce que le gouvernement canadien évalue l'incidence de la FIRRMA sur l'examen relatif à la sécurité nationale et, plus particulièrement, qu'il détermine s'il serait opportun d'imposer son propre régime de notification obligatoire à l'égard des investissements qui, autrement, ne seraient pas assujettis à un examen préalable à la conclusion de l'opération aux termes de la *Loi sur l'Investissement Canada*.

Le régime de l'avantage net : une condition préalable à la clôture de moins en moins fréquente et un processus simplifié

Bien que la perspective d'un examen relatif à la sécurité nationale ait gagné en importance, moins d'opérations sont maintenant assujetties à l'exigence d'obtenir une approbation ministérielle aux termes du régime de l'avantage net de la *Loi sur l'Investissement Canada*,

étant donné que les seuils déclencheurs d'examen ont été considérablement haussés.

Comme nous l'avons souligné dans Les investissements étrangers au Canada : bulletin d'actualités Osler – automne 2017 sur osler.com, le fort rehaussement des seuils déclencheurs d'examen du régime de l'avantage net de la *Loi sur l'Investissement Canada* a entraîné une baisse du nombre d'investissements assujettis à l'approbation ministérielle préalable à la conclusion de l'opération. Parmi les 742 dépôts enregistrés au cours de l'exercice 2017-2018, seulement neuf investissements étaient supérieurs au seuil déclencheur d'examen et ont donc été assujettis à l'examen de l'avantage net. Ces neuf investissements représentent une diminution de 60 % des opérations assujetties à l'examen de l'avantage net, par rapport à la même période de l'exercice précédent. De plus, des améliorations ont été apportées au processus. Le gouvernement s'est concentré de plus en plus sur des engagements dans des secteurs clés pertinents pour les entreprises canadiennes et a recherché des points de référence clairs et précis pour mesurer facilement la performance future. Dans certains cas, le gouvernement n'a pas exigé des engagements de la part de l'investisseur et s'est fondé uniquement sur les plans d'affaires de l'investisseur, tels qu'ils étaient présentés dans la demande d'examen de l'investisseur. Grâce aux améliorations apportées, le processus d'examen de l'avantage net est maintenant simplifié et plus prévisible et efficient.

Conclusion

Étant donné le rehaussement du seuil déclencheur de l'examen de l'avantage net et la simplification du processus d'examen, de nombreux investisseurs étrangers ont pu profiter de l'allégement du fardeau réglementaire par rapport aux années précédentes. Cependant, l'importance accrue de l'incidence des investissements étrangers au Canada sur la sécurité nationale des investissements étrangers au Canada signifie que l'évaluation de considérations relatives à la sécurité nationale dans le cadre d'une opération ainsi que la gestion et la répartition du risque perçu deviennent des éléments de plus en plus importants dans la planification et la négociation d'une opération.