



16 juin 2020

[TRADUCTION]

Par courriel : [indu@parl.gc.ca](mailto:indu@parl.gc.ca)

Madame Sherry Romanado, députée  
Présidente, Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie  
Chambre des communes  
Ottawa (Ontario) K1A 0A6

**Objet : Étude concernant la *Loi sur Investissement Canada* et les implications de la COVID-19**

Madame,

La Section du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien (la Section de l'ABC) est heureuse de présenter ses commentaires au Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie afin d'éclairer l'étude du Comité sur la *Loi sur Investissement Canada*.

La Section de l'ABC travaille pour accroître la sensibilisation et la compréhension au sujet des questions juridiques et politiques liées au droit de la concurrence et à l'investissement étranger. Ses membres, en particulier ceux du Comité sur l'examen de l'investissement étranger, ont une solide expérience de travail avec la *Loi*, notamment en ce qui concerne l'examen de l'avantage net pour le Canada et celui de l'atteinte à la sécurité nationale. Nous estimons par conséquent être bien placés pour présenter de précieux conseils et observations au Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie.

**Principales conclusions**

1. La capacité du gouvernement à adapter les seuils d'examen de l'avantage net prévus par la *Loi* aux réalités de la crise de la COVID-19 risque d'être sérieusement limitée par les obligations commerciales internationales du Canada.
2. Le gouvernement n'a aucun besoin pratique de modifier le régime d'examen au titre de la sécurité nationale prescrit par la *Loi* en réaction à la crise de la COVID-19, étant donné les pouvoirs très étendus que ce régime lui confère déjà et l'Énoncé de politique<sup>1</sup> daté du 18 avril 2020, dans lequel il a déclaré son intention de resserrer le contrôle de certains investissements aux termes de la *Loi*.

**Contexte**

À de très rares exceptions près, tout investisseur étranger doit déposer une demande d'examen aux termes de la *Loi* lorsqu'il acquiert le contrôle d'une entreprise canadienne existante ou fonde une nouvelle entreprise au Canada. Cette exigence est tellement vague que la Division de l'examen des investissements (Innovation, Sciences et Développement économique Canada) reçoit des centaines

---

<sup>1</sup> Voir [Énoncé de politique sur l'examen des investissements étrangers et la COVID-19](#).

de demandes chaque année. En 2018-2019 (le plus récent exercice pour lequel il y a des données), il y a eu 962 demandes d'investisseurs étrangers aux termes de la *Loi*.

Pour le dépôt de cette demande, l'investisseur étranger doit fournir des renseignements à son sujet, notamment sur ses dirigeants, administrateurs et actionnaires, son entité dominante et son pays d'origine, son statut d'entreprise d'État par propriété directe ou indirecte, le cas échéant, les sources et les modalités de financement de ses investissements, la valeur de ses investissements, tous les lieux d'affaires de l'entreprise canadienne en question, l'identité du propriétaire actuel et le nombre d'employés de l'entreprise canadienne ainsi qu'une copie du contrat de l'opération. Ces renseignements doivent être authentifiés par un dirigeant ou un administrateur de l'investisseur.

### Statistiques clés

Sur les 962 demandes d'investisseurs présentées à la Division de l'examen des investissements l'an dernier<sup>2</sup> :

- Environ 1 % (neuf investissements) a fait l'objet d'un examen de l'avantage net après qu'on eut constaté que les investissements dépassaient certains seuils financiers. Ces investissements pourraient être refusés à moins que et jusqu'à ce que le ministre soit d'avis que l'investissement « sera vraisemblablement à l'avantage net du Canada ». On note une forte baisse de ces examens depuis cinq ans, ce qui s'explique surtout par la multiplication par cinq du seuil financier applicable au plus grand nombre de cas et par l'intégration de ce seuil aux accords commerciaux internationaux. Cette évolution est expliquée davantage plus loin.
- Environ 1 % (neuf investissements) a fait l'objet d'un avis du gouvernement relatif à la sécurité nationale. Le gouvernement envoie cet avis lorsqu'il repère de possibles éléments de risque pour la sécurité nationale dans un investissement. Une fois l'avis envoyé, l'investissement est bloqué jusqu'à ce que le gouvernement donne le feu vert. Ce dernier peut carrément l'interdire, le permettre sous conditions ou l'autoriser. Si l'investissement a été effectué avant la signification de l'avis, il peut ordonner une cession.
- Quelque 98 % (plus de 940 investissements) n'ont fait l'objet ni d'un examen de l'avantage net (puisqu'ils étaient en deçà des seuils admis) ni d'un avis relatif à la sécurité nationale (le gouvernement ayant décidé de ne pas envoyer cet avis). Pour tous ces investissements, le gouvernement disposait de 45 jours à compter de la date du dépôt de la demande pour décider s'il y avait lieu d'envoyer cet avis, et a jugé que non. Dans son rapport annuel<sup>3</sup>, le directeur des investissements de la Division a déclaré que ces investissements « ont été examinés aux termes du processus d'examen relatif à la sécurité nationale à plusieurs étapes prévu par la *Loi* ». Autrement dit, le gouvernement procède à un examen initial de tous les investissements dans le délai de 45 jours après réception des demandes pour déterminer s'il y a matière à envoyer un avis relatif à la sécurité nationale.

### Examen de l'avantage net

Avant 2009, la *Loi* ne prévoyait pas d'examen au titre de la sécurité nationale; le seul examen prescrit par la *Loi* était celui de l'avantage net pour le Canada, qui consiste à repérer les opérations dépassant les seuils financiers applicables. Durant cette période, le nombre de ces examens a culminé à 57 par année, à une période où le total oscillait autour de 500 demandes. Autrement dit, au point culminant, environ 10 % des demandes déposées aux termes de la *Loi* ont fait l'objet d'un examen de l'avantage

<sup>2</sup> Nous avons exclu les statistiques sur les entreprises culturelles, vu leur caractère unique. De plus, le nombre de ces investissements est négligeable et n'aurait de toute façon aucune incidence sur la présente analyse.

<sup>3</sup> Voir [Rapport annuel, 2018-2019](#).

net. Si l'on compare ce chiffre avec les 9 examens sur les 962 demandes reçues au cours du dernier exercice, ce pourcentage est ainsi passé d'environ 10 à 1 % en une décennie.

Cette chute est principalement attribuable aux fortes majorations des seuils financiers d'examen de l'avantage net. Plus précisément, au cours des cinq années du début de 2015 au début de 2020, le seuil d'examen applicable au plus grand nombre de cas est passé de 369 millions de dollars au titre de la valeur comptable de l'actif à 1,613 milliard de dollars au titre de la valeur d'affaire.

Pour mettre les choses en perspective, le rapport *Foncer pour gagner*<sup>4</sup> publié en 2008 par le Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence renfermait 65 recommandations, dont l'une favorisait la majoration du seuil d'examen de l'avantage net à un milliard de dollars au titre de la valeur d'affaire. Rien n'a changé pendant sept ans, jusqu'à avril 2015, quand on a porté à 600 millions de dollars (au titre de la valeur d'affaire) le seuil le plus couramment applicable. D'autres augmentations se sont rapidement succédé depuis.

Les tableaux ci-dessous illustrent la différence entre ces seuils en 2015 et en 2020 (les chiffres font abstraction des cas rarissimes où un investisseur n'est pas membre de l'OMC). Nous indiquons aussi le seuil d'examen au titre de la sécurité nationale pour que le portrait soit plus complet.

<b>Caractère de l'opération</b>	<b>Seuil d'examen de l'avantage net : 2015 (dollars)</b>
Investisseur membre de l'OMC – y compris les investisseurs (traité commercial), catégorie nouvelle en 2015	369 millions à titre de la valeur comptable de l'actif
Entreprise culturelle	5 ou 50 millions à titre de la valeur comptable de l'actif (selon la situation particulière)

<b>Caractère de l'opération</b>	<b>Seuil d'examen de l'avantage net : 2020 (dollars)</b>
Investisseur (traité commercial) – ex. : États-Unis, Mexique, pays membres de l'UE, Australie, Japon, Corée, Chili	1,613 milliard au titre de la valeur d'affaire
Investisseur membre de l'OMC – ex. : Chine, Russie, Inde, Brésil	1,075 milliard au titre de la valeur d'affaire
Entreprise d'État (presque tous les pays)	428 millions au titre de la valeur comptable de l'actif
Entreprise culturelle	5 ou 50 millions au titre de la valeur comptable de l'actif (selon la situation particulière)

<b>Caractère de l'opération</b>	<b>Seuil d'examen au titre de la sécurité nationale (de 2009 à aujourd'hui)</b>
Tout investisseur non canadien	0 \$

Ces hausses des seuils d'examen de l'avantage net sont survenues après l'introduction en 2009 du régime d'examen au titre de la sécurité nationale. Le gouvernement a continué à augmenter les seuils d'examen de l'avantage net en sachant qu'il demeurerait compétent en matière de sécurité nationale à l'égard de tout investissement dans un secteur délicat ou névralgique qui ne ferait plus l'objet d'un examen de l'avantage net. Ainsi, il peut toujours décider d'examiner un investissement jugé particulièrement délicat ou stratégique en vertu des dispositions relatives à la sécurité

<sup>4</sup> Voir [Foncer pour gagner \(juin 2008\)](#).

nationale. Le régime d'examen de la sécurité nationale lui a donc conféré un certain degré de « protection » tandis qu'il majorait les seuils d'examen de l'avantage net.

Dans les *Lignes directrices sur l'examen relatif à la sécurité nationale des investissements* aux termes de la *Loi*, il est écrit qu'au moment d'évaluer un investissement envisagé ou effectué au titre de la sécurité nationale, le ministre ou le gouverneur en conseil peut tenir compte des facteurs suivants :

- Les effets potentiels de l'investissement sur les capacités et les intérêts en matière de défense du Canada;
- Les effets potentiels de l'investissement sur le transfert de technologies de nature délicate ou de savoir-faire à l'extérieur du Canada;
- La participation à la recherche, à la fabrication ou à la vente de biens ou de technologies visés par l'article 35 de la *Loi sur la production de défense*;
- L'incidence possible de l'investissement sur la sécurité des infrastructures essentielles du Canada. On entend par infrastructures essentielles l'ensemble des processus, des systèmes, des installations, des technologies, des réseaux, des biens et des services nécessaires pour assurer la santé, la sûreté, la sécurité ou le bien-être économique des Canadiens et des Canadiennes ainsi que l'efficacité du gouvernement;
- L'incidence possible de l'investissement sur l'approvisionnement de biens et de services essentiels aux Canadiens, ou l'approvisionnement de biens et de services au gouvernement du Canada;
- La mesure dans laquelle l'investissement risque de permettre la surveillance ou l'espionnage par des intervenants étrangers;
- La mesure dans laquelle l'investissement pourrait compromettre des activités actuelles ou à venir de représentants du renseignement ou des forces de l'ordre;
- La mesure dans laquelle l'investissement pourrait influencer sur les intérêts internationaux du Canada, y compris les relations internationales;
- La mesure dans laquelle l'investissement pourrait mettre en jeu ou faciliter les activités d'acteurs illicites, tels que des terroristes, des organisations terroristes ou le crime organisé.

### **Examen de l'avantage net – Accords commerciaux**

Il semble impossible de revoir à la baisse au moins une partie des augmentations des seuils d'examen de l'avantage net, ces augmentations étant intégrées dans des accords de libre-échange signés par le Canada. Nous conseillons au Comité de vérifier cela auprès d'experts fédéraux spécialisés dans les accords commerciaux, ce qui pourrait lui faire économiser beaucoup de temps et de ressources.

Pour dire les choses autrement, et bien que nous sachions que le Comité prévoit étudier la question de savoir « si les seuils d'évaluation de la *Loi sur Investissement Canada* sont appropriés pour faire un examen des avantages nets compte tenu de la potentielle dépréciation extrême des entreprises des industries canadiennes stratégiques », la décision du gouvernement d'intégrer les seuils prescrits par la *Loi* dans les accords commerciaux semble avoir pour effet de limiter sa capacité de réduire appréciablement ces seuils.

Le Canada pourrait fort bien avoir affaibli sa capacité d'intervention en vertu des dispositions relatives à l'avantage net dans le cas d'une dépréciation des entreprises des industries délicates ou névralgiques en abaissant les seuils d'examen de l'avantage net (bien qu'il puisse intervenir en se prévalant des dispositions relatives à la sécurité nationale). Par exemple :

#### Accord Canada–États-Unis–Mexique (ACEUM)

- Au paragraphe 3 de la Réserve I-C-1 de l'Annexe 1 – Liste du Canada, le seuil pour les investisseurs (traité commercial) est fixé à 1,5 milliard de dollars (cela comprend les États-Unis et le Mexique), cette somme étant ajustée conformément à la méthode applicable. (C'est par cette méthode qu'a été établi le seuil actuel de 1,613 milliard de dollars.)
- Au paragraphe 1, le seuil pour les investisseurs membres de l'OMC est établi à un milliard de dollars, cette somme étant ajustée conformément à la méthode applicable. (C'est par cette méthode qu'a été établi le seuil actuel de 1,075 milliard de dollars.)
- Au paragraphe 5, le seuil est établi à 398 millions de dollars pour les entreprises d'État de tout pays, cette somme étant ajustée conformément à la méthode applicable. (C'est par cette méthode qu'a été établi le seuil actuel de 428 millions de dollars.)

#### Accord économique et commercial global avec l'Union européenne (AECG)

- Au paragraphe 1 de la Réserve I-C-1 de l'Annexe 1 – Liste du Canada – Fédéral, le seuil est fixé à 1,5 milliard de dollars pour les investisseurs de l'Union européenne, cette somme étant ajustée conformément à la méthode applicable. (C'est par cette méthode qu'a été établi le seuil actuel de 1,613 milliard de dollars.)
- De la même manière, au paragraphe 3, le seuil est établi à 369 millions de dollars pour les entreprises d'État de tout pays, cette somme étant ajustée conformément à la méthode applicable. (C'est par cette méthode qu'a été établi le seuil actuel de 428 millions de dollars.)

#### Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP)

- Au paragraphe 1 de l'Annexe 1 – Liste du Canada dans la section portant sur la *Loi*, le seuil est fixé à 1,5 milliard de dollars pour les investisseurs d'un pays signataire initial où le PTPGP est entré en vigueur, cette somme étant ajustée conformément à la méthode applicable. (C'est par cette méthode qu'a été établi le seuil actuel de 1,613 milliard de dollars.)
- De la même manière, au paragraphe 3, le seuil est établi à 369 millions de dollars pour les entreprises d'État de tout pays, cette somme étant ajustée conformément à la méthode applicable. (C'est par cette méthode qu'a été établi le seuil actuel de 428 millions de dollars.)

#### L'OMC et l'Accord général sur le commerce des services de 1994 (OMC-AGCS)

- À la page 4 de la Liste d'engagements spécifiques du Canada, le seuil est établi à 153 millions de dollars pour 1994 et est indexé annuellement suivant l'inflation. Il est aussi écrit que le seuil doit être établi et publié dans la Gazette du Canada. Cette méthode d'indexation selon l'inflation aurait mené au seuil de 428 millions de dollars pour les investisseurs membres de l'OMC de 2020, bien que le gouvernement ait porté ce seuil à 1 milliard de dollars, puis à 1,075 milliard pour ces investisseurs; ce seuil a été publié dans la Gazette du Canada. Il semble aussi l'avoir intégré dans l'ACEUM. Le seuil de 428 millions de dollars s'applique aux entreprises d'État.

Ainsi, les obligations commerciales internationales du gouvernement du Canada risquent d'hypothéquer sa capacité à diminuer les seuils d'examen de l'avantage net. Nous recommandons au Comité de vérifier cela auprès de spécialistes des accords commerciaux.

#### **Examen au titre de la sécurité nationale**

Les dispositions de la *Loi* sur les examens au titre de la sécurité nationale confèrent des pouvoirs extraordinaires au gouvernement. Contrairement aux dispositions sur l'examen de l'avantage net, qui n'ont admis que l'examen de neuf demandes d'investisseurs (sur un total de 962) au dernier

exercice, le gouvernement pouvait à sa discrétion décider de produire un avis relatif à la sécurité nationale pour n'importe laquelle des 962 demandes.

Selon ce que nous savons, le gouvernement a effectué un filtrage initial de ces demandes au chapitre de la sécurité nationale, et envoyé l'avis lorsque certains points le préoccupaient, puis a interdit les investissements qui le laissaient trop perplexe après l'examen. De plus, les vastes pouvoirs que la *Loi* accorde au gouvernement dans ses dispositions sur l'examen relatif à la sécurité nationale s'étendent au-delà des acquisitions de contrôle, allant jusqu'aux placements minoritaires.

En réaction à l'actuelle pandémie, le gouvernement a publié le 18 avril 2020 un énoncé de politique dans lequel il déclare vouloir surveiller plus étroitement les investissements directs étrangers, quelle qu'en soit la valeur, dans les entreprises canadiennes liées à la santé publique ou à l'approvisionnement en biens et services essentiels. Il a en outre déclaré que tous les investissements étrangers d'une entreprise d'État (ou d'un investisseur étroitement lié à un gouvernement étranger) feraient l'objet d'un examen accru en vertu de la *Loi*, ce qui pourrait impliquer que le ministre demande aux investisseurs un complément d'information ou une prolongation du délai prévu pour l'examen.

Au vu des pouvoirs étendus que confèrent les dispositions sur l'examen au chapitre de la sécurité nationale et de l'Énoncé de politique du 18 avril, nous ne jugeons pas qu'il est nécessaire ni souhaitable de renforcer ces pouvoirs de quelque façon que ce soit.

Par exemple, nous savons que le Comité s'apprête à étudier la question de savoir « si le Canada devrait imposer un moratoire temporaire sur les acquisitions par des entreprises d'État de pays totalitaires ». Les dispositions sur l'examen relatif à la sécurité nationale permettent déjà au gouvernement d'examiner et de bloquer toute acquisition par une entreprise (d'État ou autre) de quelque nationalité que ce soit (pays totalitaire ou non).

Une politique comme celle dont nous venons de faire mention ne ferait que restreindre le gouvernement dans sa capacité d'évaluer chaque investissement au cas par cas, et risquerait aussi d'exacerber certaines tensions à l'étranger. D'ailleurs, le gouvernement a déjà clairement déclaré dans son énoncé de politique du 18 avril qu'il resserrerait le contrôle des investissements des entreprises d'État, ce qui pourrait se traduire par l'interdiction de certaines opérations.

### **Principales conclusions**

Voici nos principales conclusions :

1. La capacité du gouvernement à adapter les seuils d'examen de l'avantage net prévus par la *Loi* aux réalités de la crise de la COVID-19 risque d'être sérieusement limitée par les obligations commerciales internationales du Canada.
2. Il n'est probablement pas nécessaire d'adapter le régime d'examen relatif à la sécurité nationale prévu par la *Loi* en réaction à la crise de la COVID-19, étant donné les pouvoirs étendus que ce régime confère déjà au gouvernement ainsi que l'Énoncé de politique du 18 avril.

Cela dit, au vu de la charge de travail accrue que le resserrement des contrôles représentera pour la Division de l'examen des investissements, le gouvernement devrait voir si la Division et ses organes apparentés sont assez bien financés pour garantir la rapidité et l'efficacité des examens de l'avantage net et des examens au titre de la sécurité nationale.

### **Observations complémentaires**

Nous avons aussi envisagé le scénario dans lequel le Comité conclurait, soit i) que l'imposition d'une réduction des seuils d'examen de l'avantage net en procédant par pays ou par secteur ne

serait pas incompatible avec les obligations commerciales internationales du Canada, soit ii) qu'il souhaite, pour des raisons stratégiques et sans modifier la *Loi* ou ses règlements, imposer un moratoire sur les investissements de certains pays ou dans certains secteurs (comme cela a été fait en décembre 2012, quand le gouvernement a mis en place une politique dans laquelle il déclarait que l'acquisition du contrôle d'entreprises de sables bitumineux par des entreprises d'État ne présentait pas d'avantage net pour le Canada, estimant *a priori* que ces acquisitions dépassaient les seuils applicables).

Ce scénario ne recueille pas le consensus chez les membres de la Section de l'ABC. À tout le moins, il faudrait avoir grand soin de définir clairement les secteurs ou les pays auxquels on appliquerait des seuils différents ou une sorte de moratoire temporaire, afin de prévenir les ambiguïtés ou les zones d'incertitude dans l'application de la *Loi*. Sans cela, on risque de décourager les investissements totalement inoffensifs, précisément quand le Canada est aux prises avec d'énormes difficultés économiques.

De plus, à mesure que la crise de la COVID-19 se résorbera, ce changement peut devenir superflu, voire contre-productif. Surtout, nous avons d'excellentes raisons d'affirmer que les dispositions de la *Loi* sur l'examen au titre de la sécurité nationale sont déjà suffisantes pour régler le problème que le Comité a repéré, le gouvernement ayant déjà le pouvoir d'examiner et d'interdire tout investissement étranger dans un secteur délicat ou névralgique du Canada. Ainsi, une politique ciblant des secteurs ou des pays en particulier ne donnerait au gouvernement aucun pouvoir qu'il n'a pas déjà.

*Les Lignes directrices sur l'examen relatif à la sécurité nationale des investissements* aux termes de la *Loi* portent sur de vastes secteurs de l'industrie canadienne qui sont particulièrement susceptibles de justifier un contrôle serré relativement à la sécurité nationale. Le Comité est peut-être d'avis que les dispositions actuelles en la matière devraient être appliquées de manière à interdire un nombre accru d'opérations. Nous n'avons pas de consensus sur cette question; il nous semble qu'au bout du compte, cette question est l'affaire des spécialistes de sécurité nationale.

Certains de nos membres ont affirmé qu'il pourrait être bon d'exiger que les entreprises d'État soumettent leur demande en vertu de la *Loi* avant la conclusion de l'opération. Le gouvernement les encourage déjà à procéder de cette façon, mais elles n'ont aucune obligation légale de le faire (exception faite des très rares cas de dépassement des seuils d'examen de l'avantage net).

Néanmoins, de nombreuses entreprises d'État déposent leur demande avant d'avoir conclu l'opération, afin de prévenir le risque de recevoir un avis relatif à la sécurité nationale une fois l'opération conclue et d'être forcées de se départir de l'entreprise canadienne. En rendant obligatoire le dépôt des demandes avant la conclusion de l'opération, le gouvernement serait en position d'interdire l'investissement dès le départ quand l'investissement d'une entreprise d'État pose trop de problèmes non résolus pour la sécurité nationale, plutôt que d'exiger la cession de l'entreprise après-coup. Là encore, nous ne sommes pas parvenus à un consensus, mais ce sera sans doute une question que le Comité voudra étudier davantage.

Nous sommes heureux de pouvoir présenter nos commentaires et serons ravis d'apporter toute l'aide que nous pourrions au Comité.

Veillez agréer, Madame, l'expression de nos sentiments les meilleurs.

*(Lettre originale signée par Marc-Andre O'Rourke au nom Huy Anh Do)*

Huy Anh Do  
Président, Section du droit de la concurrence