



Le 30 mars 2023

[TRADUCTION]

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

Joël Lightbound, député  
Président, Comité permanent de l'industrie et de la technologie  
131, rue Queen, 6<sup>e</sup> étage  
Chambre des communes  
Ottawa (Ontario) K1A 0A6

**Objet : *Projet de loi C-34, la Loi sur la modernisation de l'examen des investissements relativement à la sécurité nationale***

Monsieur le député,

Je vous écris au nom de la Section du droit de la concurrence et de l'investissement étranger de l'Association du Barreau canadien (la section de l'ABC) pour offrir nos commentaires sur les modifications proposées à la Loi sur Investissement Canada (LIC) dans le projet de loi C-34, la Loi sur la modernisation de l'examen des investissements relativement à la sécurité nationale.

La section de l'ABC comprend des juristes qui pratiquent ou s'intéressent au droit et à la politique liés à la réglementation de la concurrence et de l'investissement étranger. La section de l'ABC contribue depuis fort longtemps à l'élaboration de politiques dans ces deux domaines et à la préparation de mémoires et de témoignages pour le Comité de l'industrie et de la technologie et ses prédécesseurs sur de nombreuses questions relatives à la *Loi sur la concurrence* et à la *Loi sur Investissement Canada*.

Nous soutenons les visées du projet de loi C-34 d'assurer que les questions de sécurité nationale provenant des investissements étrangers sont abordées de manière efficace, tout en maintenant un régime réglementaire qui permet au Canada de réaliser les avantages considérables qui peuvent découler de tels investissements.

Nous offrons des commentaires généraux et concis sur le projet de loi C-34 dans son ensemble, suivi par des recommandations précises en ce qui concerne i) le régime d'avis préalable des activités commerciales réglementaires, ii) les approbations ministérielles sous conditions, iii) les pouvoirs des mesures provisoires proposées, et iv) le contrôle judiciaire des décisions relatives à la LIC.

## Commentaires généraux

En annonçant le projet de loi C-34, le gouvernement a reconnu l'importance de l'investissement étranger à « la réussite économique du Canada », notant que « [l']investissement étranger direct favorise les nouvelles technologies, l'emploi, des emplois bien rémunérés et l'accès aux marchés pour permettre aux entreprises canadiennes de se développer ». <sup>1</sup> La section de l'ABC est d'accord avec cette déclaration et reconnaît également la légitimité et l'importance d'une réglementation efficace des investissements étrangers pour protéger les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale.

Les modifications apportées aux politiques ces dernières années ont intensifié l'application de la sécurité nationale dans les secteurs sensibles et pour certains types d'investisseurs. Cette complexité et cette surveillance accrues entraînent des coûts pour les investisseurs en général et exigent que les agences gouvernementales chargées de l'examen disposent de ressources suffisantes pour mettre en œuvre le régime réglementaire de manière efficace et efficiente.

Nous encourageons le gouvernement à veiller à ce que les modifications proposées par le projet de loi C-34, et les règlements et lignes directrices qui accompagneront le nouveau régime obligatoire préalable à la clôture soient clairs et n'imposent pas d'inutiles exigences et fardeaux. Le double objectif d'encourager les investissements étrangers et de protéger les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale exige une approche soigneusement équilibrée.

La section de l'ABC encourage le Comité de l'industrie et de la technologie à examiner le projet de loi C-34 en détail, y compris nos préoccupations ci-dessous, afin de clarifier les modifications proposées, améliorer leur efficacité, et atteindre d'une manière plus efficace les objectifs du gouvernement.

### Le régime d'avis préalable des activités commerciales réglementaires

Le gouvernement a indiqué que le nouveau régime d'avis préalable à la clôture pour les transactions impliquant des entreprises canadiennes qui exercent des activités commerciales réglementaires n'entrera pas en vigueur tant que les règlements connexes définissant des expressions cruciales telles qu'« activité commerciale réglementaire » n'auront pas été arrêtés.

La section de l'ABC appuie cette approche et encourage le gouvernement à communiquer les calendriers probables de ces événements clés bien à l'avance, afin de permettre aux investisseurs et à leurs conseillers de prendre en compte les changements potentiels du processus réglementaire dans la planification de leurs transactions.

#### a) Lever l'incertitude sur les définitions clés

Le gouvernement a indiqué qu'il y aurait probablement un alignement étroit entre la définition de « l'activité commerciale réglementaire » dans la nouvelle réglementation et les listes existantes de facteurs de risque dans les *Lignes directrices sur l'examen relatif à la sécurité nationale des investissements*. <sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Division de l'examen des investissements, Séance d'information technique sur le projet de loi C-34 fournie aux membres de la section de l'ABC par la Division de l'examen des investissements pendant une présentation le 8 décembre 2022 (Séance d'information technique). Un document d'information est disponible sur : [Document d'information sur le projet de loi C-34](#).

<sup>2</sup> Division de l'examen des investissements, *Lignes directrices sur l'examen relatif à la sécurité nationale des investissements*, 24 mars 2021 (Lignes directrices), disponible sur : [Lignes directrices sur l'examen relatif à la sécurité nationale des investissements](#).

Plusieurs domaines énumérés dans ces lignes directrices présentes sont décrits en termes généraux. Il sera alors important d'établir des définitions claires et plus précises qui permettent aux investisseurs et à la Division de l'examen des investissements d'identifier facilement les activités commerciales qui déclencheront le régime d'avis préalable à la clôture.

Les expressions « renseignements techniques importants qui ne sont pas accessibles au public » ou « actifs importants » qui constituent des éléments essentiels du critère permettant de déterminer si un dépôt d'avis préalable à la clôture d'une transaction est nécessaire sont ambiguës. Le paragraphe 2(2) du projet de loi C-34 indique que le gouvernement pourrait les définir par des règlements ultérieurs.

### **Recommandation**

1. La section de l'ABC recommande que ces expressions soient définies dans la loi afin d'éviter toute incertitude sérieuse pour les entreprises canadiennes, les investisseurs étrangers et la Division de l'examen des investissements.<sup>3</sup> Dans le cas contraire, le paragraphe 2(2) devrait être modifié pour obliger le gouverneur en conseil à établir des règlements définissant ces expressions en supprimant le mot « peut » et en insérant le mot « doit », ainsi qu'en ajoutant un délai.

#### **b) Lever l'incertitude sur les investissements indirects minoritaires**

La nouvelle obligation de dépôt d'avis préalable à la clôture des transactions proposée concernerait un large éventail de transactions, y compris de nombreuses transactions indirectes n'ayant qu'un lien limité avec le Canada. En particulier, un avis préalable à la clôture sera requis pour les transactions impliquant l'acquisition d'une participation minoritaire dans quelque entité non canadienne, lorsque cette dernière est impliquée dans des activités commerciales réglementaires et qu'elle soit une filiale canadienne; ou une succursale canadienne (quelle que soit l'importance de ces opérations canadiennes).

Nous craignons que les modifications saisissent par inadvertance un nombre important de transactions devant faire l'objet d'un dépôt d'avis préalable à la clôture lorsque les opérations sont *de minimis* et qu'il est peu probable que des problèmes de sécurité nationale se posent. Par exemple, le lien avec le Canada peut n'être qu'une société de portefeuille avec un employé, qui ne réalise par ailleurs aucune opération au Canada.

Dans sa séance d'information technique, le gouvernement a indiqué que les acquisitions indirectes de participations minoritaires dans des entités non canadiennes ne se produisaient que rarement.

---

<sup>3</sup> L'expression « renseignements techniques importants qui ne sont pas accessibles au public » est définie dans le régime de sécurité nationale des États-Unis administré par le Comité pour l'investissement étranger aux **États-Unis** (CFIUS) (tel que modifié en 2020 par la *Foreign Investment Risk Review Modernization Act*). Dans ce régime, cette expression est définie de manière étroite pour inclure les renseignements qui : « (a) fournissent des connaissances, un savoir-faire ou une compréhension de la conception, de l'emplacement ou du fonctionnement des infrastructures critiques couverts par les investissements, y compris des renseignements sur la vulnérabilité tels que ceux liés à la sécurité physique ou à la cybersécurité, dans chacun des cas non accessibles dans le domaine public; ou (b) ne sont pas disponibles dans le domaine public et sont nécessaires pour concevoir, fabriquer, développer, tester, produire ou fabriquer une technologie critique, y compris des processus, des techniques ou des méthodes; et (c) excluent les informations financières concernant le rendement d'une entité ». Voir *United States, Part 800 - Regulations Pertaining To Certain Investments In The United States By Foreign Persons*, § 800.232.

Cela ne correspond pas à l'expérience des membres de la section de l'ABC; en pratique, les investissements indirects minoritaires se font fréquemment.

### **Recommandation**

2. Compte tenu de leur lien limité avec le Canada, la Section de l'ABC recommande d'ajouter une exception *de minimis* au nouveau régime de notification établi par l'article 2 du projet de loi C-34, qui s'appliquerait en cas d'acquisition d'une participation non majoritaire dans une entreprise canadienne dont le chiffre d'affaires ou les actifs au Canada sont inférieurs à un certain niveau (par exemple 5 millions de dollars).

### **c) Lever l'incertitude sur les réorganisations internes**

Il existe une incertitude quant à l'application de la nouvelle obligation de dépôt d'avis préalable à la clôture dans les cas de réorganisation interne. Ces dernières sont exemptées de l'obligation d'avis après-clôture en vertu de l'alinéa 10(1)e) de la LIC, bien qu'elles puissent théoriquement être examinées sous l'angle de la sécurité nationale en vertu de la partie IV.1 de la LIC.

À notre avis, les réorganisations purement internes d'entreprises ne devraient pas être soumises au nouveau régime de dépôt d'avis obligatoire préalable à la clôture, car une réorganisation qui n'implique pas de changement de contrôle de l'entreprise canadienne n'est pas susceptible de soulever des questions de sécurité nationale.

### **Recommandation**

3. La section de l'ABC recommande que le paragraphe 2(1) du projet de loi C-34 (correspondant à l'alinéa 11(1)c) proposé de la LIC) soit modifié pour préciser que les avis préalables à la clôture ne sont pas obligatoires pour les réorganisations internes lorsque le contrôle ultime direct ou indirect de fait de l'entreprise canadienne, par le biais de la propriété de participations avec droit de vote, reste inchangé (semblable à l'approche de l'alinéa 10(1)(e)).

### **d) Dispositions transitoires**

Le projet de loi C-34 n'aborde pas la question de savoir comment la nouvelle obligation de dépôt d'avis préalable à la clôture s'appliquera aux transactions en cours à l'entrée en vigueur des modifications. Cette question pratique importante devrait être traitée dans les modifications.

### **Recommandation**

4. La section de l'ABC recommande que le projet de loi C-34 soit modifié pour prévoir que les exigences réglementaires en matière d'avis aux entreprises entreront en vigueur 90 jours après que le projet de loi C-34 ait reçu la sanction royale. Cela permettra de ne pas perturber les transactions en cours sur la base d'échéances qui ne contenaient pas ce régime de dépôt d'avis et d'examen.

### **e) Garantir des ressources suffisantes pour administrer un régime préalable à la clôture**

Les transactions d'investissement étant sensibles au facteur temps, il est impératif que le gouvernement informe rapidement les investisseurs si les dépôts d'avis ont été certifiés complets ou jugés incomplets, car cela affecte le fonctionnement de tous les délais associés aux différentes phases de la procédure d'examen en matière de sécurité nationale. La Division de l'examen des

investissements n'est actuellement pas en mesure de communiquer rapidement les décisions de certification. Ce manque de ressources deviendra plus problématique pour les transactions soumises à l'effet suspensif du nouveau régime d'avis préalable.

Nous craignons que le délai à régler pour que la Division de l'examen des investissements notifie aux investisseurs si leur avis est complet (en remplacement de l'exigence actuelle « immédiatement ») soit incompatible avec la réalité commerciale et le rythme des transactions commerciales.

### **Recommandation**

5. La section de l'ABC recommande qu'une période réglementaire de trois jours ouvrables soit adoptée pour l'examen initial et la vérification de l'exhaustivité des avis préalables à la clôture, et que le paragraphe 4(2) du projet de loi C-34 soit modifié pour codifier cette norme.

Le régime proposé pour les activités commerciales réglementaires entraînera probablement une augmentation importante du nombre de dépôts d'avis préalables à la clôture reçus par la Division de l'examen des investissements. Le gouvernement n'a pas divulgué l'augmentation estimée du nombre de dépôts d'avis, mais a reconnu qu'une capacité d'examen supplémentaire pourrait être nécessaire.

Nous soulignons l'importance de donner à la Division de l'examen des investissements et aux autres agences qui participent aux examens de sécurité nationale, des ressources suffisantes pour faire face à l'augmentation du volume des dépôts d'avis imposés par le régime obligatoire de dépôt d'avis préalable à la clôture avec effet suspensif sur des transactions commerciales. Le fonctionnement efficace et opportun de ce régime administratif est essentiel pour maintenir l'objectif du Canada de s'ouvrir aux investissements étrangers et pour permettre la prise de décisions en matière d'autorisation rapides dans la grande majorité des cas où il n'y a pas de problèmes liés à la sécurité nationale.

### **Recommandation**

6. La section de l'ABC recommande que le nouveau régime de dépôt d'avis préalable à la clôture prévu par le projet de loi C-34 n'entre pas en vigueur tant que le gouvernement n'aura pas mis en place des ressources financières et un personnel qualifié appropriés pour traiter en temps opportun le volume de prévu de dépôt d'avis préalable à la clôture.

### **Approbatons ministérielles sous conditions**

Les modifications proposées permettraient au ministre de négocier et d'accepter les mesures d'atténuation proposées par un investisseur (nouvel article 25.31) – de donner effectivement une approbation sous conditions - sans devoir demander au Conseil privé de délibérer et de prendre un arrêt conformément à l'article 25.4 de la LIC.

La section de l'ABC accueille favorablement cette modification dans son principe, en espérant qu'elle permettra aux parties participant à une transaction d'investissement étranger et au gouvernement de gagner du temps et d'économiser des ressources dans les cas où une solution satisfaisante peut être négociée et ensuite mise en œuvre d'une manière exécutoire.

Lors de la séance d'information technique de décembre 2022, la Division de l'examen des investissements a indiqué que la politique récemment annoncée concernant le fait que les déterminations de sécurité nationale par le gouverneur en conseil seraient rendues publiques ne s'appliquera pas aux mesures d'atténuation négociées avec le ministre.

## Recommandation

7. La section de l'ABC recommande la publication périodique de directives générales ou globales à l'intention des entreprises, indiquant les types de mesures d'atténuation acceptées par le ministre pour répondre aux différents types de préoccupations en matière de sécurité nationale. Ces informations seraient utiles aux communautés des affaires et conformes à l'objectif déclaré du gouvernement d'accroître la transparence dans l'administration de la LIC sans compromettre la sécurité nationale.

## Mesures provisoires

Les pouvoirs des nouvelles mesures provisoires proposées dans le projet de loi C-34 (nouveau paragraphe 25.3(1.1)) seront à la disposition du ministre pour tout investissement faisant l'objet d'un examen de sécurité nationale, nonobstant la clôture de la transaction.

Bien que des préjudices en matière de sécurité nationale puissent théoriquement survenir dans un environnement préalable à la clôture en raison d'activités de planification de l'intégration, nous estimons qu'un tel risque serait inhabituel. Les pouvoirs des mesures provisoires sont étendus et permettraient au ministre d'obliger toutes les formes d'activités de planification des transactions à cesser, y compris les activités qui sont légitimes et normales pour les parties à la fusion de les prendre postérieurement à la signature et préalablement à la clôture.

Le pouvoir d'émettre des ordonnances provisoires (injonctions) qui interfèrent avec l'activité commerciale ordinaire est normalement confié aux juges des cours supérieures. Lorsque ces pouvoirs extraordinaires sont conférés à un élu ou à un fonctionnaire, ils doivent être limités dans le temps et faire l'objet d'un contrôle judiciaire effectif afin de respecter la règle de droit. Ces préoccupations sont particulièrement sérieuses lorsque des ordonnances d'injonction peuvent être émises *ex parte*, comme le prévoit le projet de loi C-34.

## Recommandation

8. La section de l'ABC recommande que l'article 15 du projet de loi C-34 soit modifié afin d'établir un court délai pour les ordonnances provisoires initiales prises par le ministre en vertu du nouvel article 25(1.), après quoi le ministre serait tenu de demander une ordonnance du tribunal, avec avis aux parties concernées, pour prolonger les conditions provisoires imposées à une transaction.

Cela correspondrait à l'approche adoptée dans la *Loi sur la concurrence*<sup>4</sup>. Si le commissaire de la concurrence obtient une ordonnance temporaire *ex parte* du Tribunal de la concurrence pour interdire les mesures visant à réaliser une opération de fusion, la durée maximale de l'ordonnance est de 10 jours. Si le commissaire souhaite proroger l'injonction de 30 jours, il doit en aviser les parties à la transaction et celles-ci ont la possibilité de se prononcer sur l'octroi de la prorogation lors d'une audience devant le Tribunal.

## Contrôle judiciaire des décisions relatives à la LIC

La primauté du droit exige que les parties affectées par les décisions du gouvernement soit en mesure d'obtenir un contrôle judiciaire efficace de ces décisions. Les modifications proposées dans le projet de loi C-34 qui augmentent la capacité du gouvernement à invoquer le privilège de la sécurité nationale dans le contexte du contrôle judiciaire d'une ordonnance de sécurité nationale de

---

<sup>4</sup> Loi sur la concurrence, art. 100.

la LIC soulèvent de sérieuses questions sur la capacité des investisseurs à exercer leurs droits au contrôle judiciaire des décisions du gouvernement. Les modifications proposés dans le projet de loi C-34 qui ajouteraient les nouveaux articles 25.7 et 25.8 à la LIC augmentent la capacité du gouvernement à faire valoir le privilège de la sécurité nationale dans le contexte du contrôle judiciaire d'une ordonnance de sécurité nationale de la LIC et soulèvent de sérieuses préoccupations concernant les questions sur la capacité des investisseurs à exercer efficacement leurs droits de demander un contrôle judiciaire des décisions du gouvernement.

La possibilité d'un contrôle judiciaire est expressément confirmée dans les dispositions relatives à la sécurité nationale de la partie IV.1 de la LIC. Cependant, la LIC reste muette sur les éléments de preuve qui peuvent être utilisés dans ces procédures. En fait, le gouvernement a vigoureusement fait valoir les dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada*<sup>5</sup> relatives à la sécurité nationale et au privilège du Conseil privé pour tenter de bloquer la quasi-totalité de la divulgation de la base des ordonnances de sécurité nationale en vertu de la LIC.<sup>6</sup>

Selon nous, les investisseurs doivent avoir une opportunité significative de comprendre les faits qui leur sont reprochés afin de s'assurer que les pouvoirs en matière de sécurité nationale sont exercés dans le respect de la primauté du droit.

Les modifications proposées permettraient au gouvernement de présenter à un juge des éléments de preuve potentiellement préjudiciables du point de vue de la sécurité nationale, en l'absence de parties non gouvernementales, y compris l'investisseur qui a demandé un contrôle judiciaire. Ce changement semble avoir pour but de simplifier la capacité du gouvernement à invoquer le privilège en matière de sécurité nationale, en renonçant à la procédure distincte qui serait autrement nécessaire en vertu de l'article 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Ce changement élargirait encore la capacité étendue du gouvernement à faire valoir le privilège en matière de sécurité nationale sur la prise de décision sous-jacente dans les affaires de sécurité nationale, ce qui pourrait porter atteinte au droit au contrôle judiciaire. Il est compréhensible que le gouvernement souhaite faire valoir ce privilège à l'égard du grand public, et les ordonnances de mise sous scellés et les procédures à huis clos peuvent être utilisées pour empêcher que les preuves ne deviennent publiques dans les cas appropriés. Toutefois, les investisseurs ou leurs représentants doivent avoir accès aux documents pertinents, y compris les documents sur eux-mêmes et sur l'entreprise canadienne, ainsi que sur la base sur laquelle le ministre ou le Conseil privé a pris une décision de refus, pour que le droit à un contrôle judiciaire soit appliqué.

### **Recommandation**

9. La section de l'ABC recommande de modifier le projet de loi C-34 afin d'y inclure des procédures qui faciliteront les contrôles judiciaires efficaces tout en reconnaissant les types limités d'informations dont la divulgation à l'investisseur pourrait elle-même donner lieu à des préoccupations de sécurité nationale (*par exemple*, les sources d'informations confidentielles, les communications avec les autorités de sécurité nationale alliées dans d'autres ressorts).

---

<sup>5</sup> Loi sur la preuve au Canada (L.R.C. (1985), ch. C-5), art. 38 et 39.

<sup>6</sup> La capacité des investisseurs à obtenir un contrôle judiciaire efficace des décisions relatives à la sécurité nationale a fait l'objet d'un récent litige de la part de China Mobile Communications Group. Alors que les procédures sont en cours, le gouvernement a revendiqué le droit au privilège du Conseil privé en vertu de l'article 39 de la Loi sur la preuve au Canada pour la plupart des éléments de preuve. Cette revendication a été confirmée par la Cour fédérale. Voir : *China Mobile Communications Group Co., Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2022 FC 125.

Une option qui mérite d'être envisagée est l'adoption d'un régime « *amicus* » dans lequel un avocat ou une avocate indépendant ou indépendante aurait la possibilité de tester les preuves et les conclusions du gouvernement sur les questions de sécurité nationale. Les avocats ou avocates, préalablement approuvés par le gouvernement, pourraient recevoir des informations sensibles et communiquer avec l'investisseur, tout en s'abstenant de divulguer des informations spécifiques sous réserve de risques légitimes pour la sécurité nationale. Selon nous, cela améliorera la qualité du processus décisionnel du gouvernement, renforcera la confiance du public dans le processus décisionnel concernant la sécurité nationale et aidera les investisseurs à comprendre quand les préoccupations en matière de sécurité nationale ont été validées dans le cadre d'une transaction.<sup>7</sup>

La proposition d'utiliser le régime « *amicus* » est une adaptation du modèle des avocats et avocates autorisés par le gouvernement déjà appliqué dans le cadre de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*<sup>8</sup>, qui est utilisé pour répondre à des préoccupations similaires dans les procédures d'immigration au Canada. Les « avocats spéciaux » examinent les informations et preuves confidentielles remises à un juge, et peuvent contre-interroger les représentants du gouvernement et présenter des observations sur les informations ou les preuves sensibles et sur le poids que le juge chargé de l'affaire devrait leur accorder. Les garanties visant à protéger les informations sensibles une fois divulguées à l'avocat spécial comprennent l'interdiction pour ce dernier de communiquer avec la personne faisant l'objet de l'action, à moins que le juge ne l'autorise. Des commentaires récents sur le régime du Programme des avocats spéciaux de la LIPR suggèrent qu'il a amélioré le processus de contrôle judiciaire pour les demandeurs tout en préservant la confidentialité des informations sensibles, bien que l'étude reconnaisse également que l'administration du régime dépend aussi des normes procédurales développées indépendamment par la Cour fédérale<sup>9</sup>.

### **Prochaines étapes**

Nous vous remercions de nous avoir donné l'occasion de formuler ces commentaires sur le projet de loi C-34. Nous serions heureux de pouvoir comparaître devant le Comité de l'industrie et de la technologie pour discuter davantage de ces commentaires et recommandations.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Député, l'expression de nos sentiments distingués.

*(Lettre originale signée par Marc-André O'Rourke pour Sandy Walker)*

Sandy Walker

Présidente, Section du droit de la concurrence et de l'investissement étranger de l'ABC

CC : Simon Kennedy, Sous-ministre, *Innovation, sciences et développement économique Canada*

---

<sup>7</sup> Joshua Krane, Stephen Wortley, Connor Campbell, "A Friend in High Places: A Proposal to Add a National Security Amicus to Canada's Investment Review Regime", C.D. Howe Institute, 17 février 2022.

<sup>8</sup> Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (L.C. 2001, ch. 27), par. 77(2) et art. 83 à 85.5 (LIPR).

<sup>9</sup> Graham Hudson et Daniel Alati. 2018. "Behind Closed Doors: Secret Law and the Special Advocate System in Canada." *Queen's Law Journal*, 44(1); 2018 1-68.