



Le 17 mai 2013

[TRADUCTION]

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

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

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

L'honorable Joseph A. Day, sénateur  
Président  
Comité des finances nationales  
Sénat du Canada  
Ottawa (Ontario) K1A 0A4

**Objet : Projet de loi C-60, partie 3, section 6 – modifications à la *Loi sur Investissement Canada***

Messieurs,

J'écris au nom de la Section nationale du droit de la concurrence de l'Association du Barreau canadien (la Section de l'ABC) pour présenter des commentaires sur les modifications proposées à la *Loi sur Investissement Canada* (LIC) dans la section 6 de la partie 3 du projet de loi C-60, *Loi n° 1 sur le plan d'action économique de 2013*. L'ABC est une association nationale de plus de 37 000 avocats, notaires, étudiants en droit et professeurs de droit. Elle a notamment pour mandat l'amélioration du droit et de l'administration de la justice. Font partie de la Section de l'ABC des avocats dont le travail porte sur tous les aspects du droit de la concurrence et de l'examen des investissements étrangers.

La Section de l'ABC croit que les modifications proposées créeront de l'incertitude dans l'application de la LIC, ce qui pourrait produire un effet paralysant indésirable à l'égard des investissements directs étrangers. Nous incitons le Parlement à éliminer la section 6 de la partie 3 du projet de loi C-60, et à examiner les modifications plus amplement dans le cadre d'un projet de loi distinct. Nous recommandons aussi que des modalités et des lignes directrices soient mises en place de façon à donner aux investisseurs des indications générales et, dans les cas qui le justifient, des opinions opportunes et exécutoires en vertu de l'article 37 de la LIC.

Les principales réserves de la Section de l'ABC à l'égard des modifications proposées sont de trois ordres :

1. La définition d'une entreprise d'État n'est pas claire et, au vu par surcroît du nouveau pouvoir permettant au Ministre de déclarer qu'une unité est réputée être une entreprise d'État, elle ferait en sorte qu'il soit difficile de savoir si une unité sera traitée comme une entreprise d'État en vertu de la LIC. Tel qu'elle est formulée, même des entreprises canadiennes pourraient être assujetties aux dispositions sur l'examen applicables aux entreprises d'État. La grande portée de la définition d'entreprise d'État engendre de l'incertitude pour tous les investisseurs.

2. Le Ministre disposera de vastes pouvoirs de déclarer qu'il y a « acquisition du contrôle » d'une entreprise canadienne par une entreprise d'État même dans le cas d'un investissement minoritaire ou d'une coentreprise. Il sera, par conséquent, difficile de savoir si un investissement est sujet à un examen de « l'avantage net ». En outre, le Ministre pourrait exercer ce pouvoir déterminatif longtemps après qu'une transaction a été conclue.
3. Nonobstant le seuil monétaire plus bas applicable aux investissements des entreprises d'État, en raison de la façon dont ces seuils sont calculés (la « valeur d'affaire » dans le cas des investisseurs OMC autres que des entreprises d'État, et la valeur comptable dans le cas des investisseurs OMC entreprises d'État), une entreprise d'État pourrait se situer sous le seuil de l'examen de « l'avantage net » alors qu'un investisseur OMC autre qu'une entreprise d'État pourrait être soumis à un examen dans le cadre de la même transaction proposée. La Section de l'ABC ne croit pas que ce soit là l'intention du gouvernement.

Si la section 6 de la partie 3 n'est pas supprimée de ce projet de loi pour être soumise à plus ample examen, la Section de l'ABC recommande que ces préoccupations soient palliées comme suit :

- Le Ministre devrait publier des lignes directrices ou des notes d'interprétation sur les concepts de « contrôle », « contrôle de fait », « influence » et « autorité », en présentant des exemples précis de situations où un gouvernement étranger serait réputé exercer une influence ou une autorité suffisante à l'égard d'une unité pour en faire une entreprise d'État.
- La section 6 de la partie 3 devrait être modifiée de façon à assujettir les investissements effectués par des entreprises d'État à un examen lorsque soit le seuil de la valeur comptable des actifs, soit le seuil de la valeur d'affaire est atteint. Subsidiairement, un seul critère pourrait être adopté pour les investisseurs OMC entreprises d'État ou autres qu'entreprises d'État sur la base de la valeur d'affaire, un seuil monétaire de la valeur d'affaire plus faible étant applicable aux investisseurs OMC entreprises d'État.
- La section 6 de la partie 3 devrait être modifiée de façon à exiger que le Ministre émette une opinion en vertu de l'article 37 de la LIC déterminant si une unité est canadienne ou serait considérée comme une entreprise d'État.
- La section 6 de la partie 3 devrait être modifiée de façon à imposer un délai fixe, prescrit par la LIC, dans lequel le Ministre peut examiner une acquisition au motif qu'il s'agit d'une acquisition de contrôle de fait par une entreprise d'État.

Nous précisons ces points de vue ci-dessous.

### **La définition d'entreprise d'État crée de l'incertitude et pourrait avoir une portée excessive.**

En plus des gouvernements étrangers et de leurs organismes, la définition proposée d'entreprise d'État englobe les unités contrôlées ou influencées, directement ou indirectement, par un gouvernement étranger ou un de ses organismes. La définition vise aussi « un individu qui agit sous l'autorité » d'un gouvernement étranger ou d'un de ses organismes, « ou sous leur influence, directe ou indirecte ». Les termes « contrôle », « influence » et « autorité » n'ont été définis aux fins de la définition d'entreprise d'État ni dans la LIC ni dans des documents d'information.

Les modifications proposées conféreront au Ministre le pouvoir de déclarer entreprise d'État un investisseur qui est, par ailleurs, une unité sous contrôle canadien (et satisfait aux règles sur le statut canadien fixées par la LIC) si le Ministre estime qu'une entreprise d'État exerce un « contrôle de fait » sur l'investisseur. Il serait ainsi possible que les dispositions sur l'examen de l'avantage net s'appliquent à des acquisitions d'entreprises canadiennes par des unités sous contrôle canadien. Par exemple, une unité canadienne « influencée » par une entreprise d'État serait elle-même une entreprise d'État en vertu de la LIC. Si une filiale de cette unité faisait l'acquisition d'une autre

entreprise canadienne, le Ministre pourrait déterminer que la filiale est non canadienne du fait qu'elle est contrôlée de fait par une entreprise d'État (même si l'entreprise d'État est simplement sa société mère canadienne). Compte tenu de la portée potentielle de cette disposition déterminative, les modifications créeraient de l'incertitude et semblent aller à l'encontre de l'objet de la LIC – qui est de fournir un mécanisme d'examen des investissements effectués par des non-Canadiens.

Collectivement, les modifications proposées feront en sorte qu'il soit difficile pour un investisseur de savoir s'il sera traité comme une entreprise d'État en vertu de la LIC. Si des gouvernements étrangers adoptent des mesures réciproques, les modifications pourraient faire en sorte que les entreprises canadiennes ayant des actionnaires gouvernementaux minoritaires, voire même des fonds de pension indépendants détenant des actions uniquement à titre de placements, soient traitées comme des entreprises d'État.

La Section de l'ABC recommande que le Ministre publie des lignes directrices ou des notes d'interprétation sur les concepts de « contrôle », « contrôle de fait », « influence » et « autorité », en présentant des exemples précis de situations où un gouvernement étranger serait réputé exercer une influence ou une autorité suffisante à l'égard d'une unité pour en faire une entreprise d'État. Le Ministre peut s'appuyer sur des lignes directrices produites par Industrie Canada dans d'autres contextes, ainsi que par d'autres ministères dont Transports Canada et par l'Agence du revenu du Canada.

La Section de l'ABC recommande que la section 6 de la partie 3 soit modifiée de façon à exiger que le Ministre émette une opinion en vertu de l'article 37 de la LIC déterminant si une unité est canadienne ou serait considérée comme une entreprise d'État. Dans sa forme actuelle, le projet de loi C-60 élimine l'exigence que le Ministre émette une opinion sur le caractère canadien d'un investisseur, laissant la question à la discrétion du Ministre.

### **Les modifications pourraient paralyser les investissements minoritaires et les coentreprises.**

Selon les modifications proposées, l'acquisition dans une entreprise canadienne d'un intérêt qui se situe sous la ligne de démarcation actuelle (moins du tiers des actions avec droit de vote d'une personne morale; moins de la majorité des intérêts avec droit de vote d'une société de personne, fiducie ou coentreprise) pourrait malgré tout être désignée par le Ministre comme une acquisition du contrôle de fait par une entreprise d'État. Il n'y aura pas de délai fixe, prescrit par la LIC, dans lequel le Ministre pourrait déterminer qu'il y a contrôle de fait, de sorte que le Ministre pourrait déterminer qu'un investissement effectué par une entreprise d'État doit être examiné longtemps après qu'une transaction a été conclue. Il en découlerait une grande incertitude pour les investisseurs potentiels.

Les modifications proposées privent les investisseurs de la certitude des règles sur l'acquisition de contrôle, établies de longue date, qui régissent la mise en application de la LIC. Au lieu, elles intègrent un critère incertain de contrôle de fait, parce que les entreprises d'État n'auront pas de certitude qu'un investissement minoritaire puisse être effectué sans examen (ou sans être contesté à l'avenir). En créant de l'incertitude, les modifications proposées produisent un effet paralysant l'investissement étranger à un moment où l'investissement est essentiel à la croissance, à la création d'emplois, à l'innovation et à la productivité de l'économie canadienne.

Pour parer à cette incertitude, la Section de l'ABC recommande que le Ministre publie des lignes directrices ou des notes d'interprétation sur l'analyse du contrôle de fait. La Section de l'ABC recommande aussi une modification à la section 6 de la partie 3 imposant un délai fixe, prescrit par la LIC, dans lequel le Ministre peut examiner une acquisition au motif qu'il s'agit d'une acquisition du contrôle de fait effectuée par une entreprise d'État. Une telle disposition est prévue à l'égard des entreprises culturelles et dans le cas des examens de sécurité nationale. La Section de l'ABC recommande aussi que la section 6 de la partie 3 soit modifiée de façon à exiger que le Ministre

émette une opinion en vertu de l'article 37 de la LIC déterminant si un investissement proposé par une entreprise d'État constitue ou non une acquisition de contrôle.

**Les modifications proposées ne produisent pas l'effet voulu par le gouvernement, de soumettre les entreprises d'État à un seuil d'examen plus bas.**

Le paragraphe 14.1(1.1) proposé ne fait pas référence à la « valeur d'affaire », mais plutôt à la valeur « calculée de la façon prévue ». Étant entendu que le seuil applicable à une entreprise d'État sera calculé par rapport au critère de la « valeur comptable des actifs » prévu par la réglementation (par opposition à la valeur d'affaire), il est possible qu'un investisseur OMC entreprise d'État évite un examen de l'avantage net alors qu'un investisseur OMC autre qu'une entreprise d'État ne pourrait pas éviter un examen dans l'acquisition d'une même entreprise canadienne. Un exemple en serait l'acquisition d'une entreprise technologique ayant une faible valeur comptable des actifs, mais une importante valeur d'affaire (comme c'était le cas de Nortel Networks). Dans une situation d'offres d'achat concurrentes, les règles du jeu seraient défavorables à des investisseurs du secteur privé et favorables à des entreprises d'État.

Le rapport de 2008 du Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence, *Foncer pour gagner*, faisait remarquer ceci :

L'utilisation du facteur de l'actif brut comme norme de la LIC pour déterminer l'importance d'une entreprise canadienne sujette à des intentions d'achat par des intérêts étrangers n'a plus sa place. Le concept de valeur d'entreprise traduit mieux l'importance croissante, dans notre économie moderne, des industries de services et du savoir où une grande partie de la valeur n'apparaît pas dans le bilan parce qu'elle réside dans le personnel, les connaissances, la propriété intellectuelle et d'autres éléments d'actif intangibles dont les méthodes comptables actuelles ne tiennent pas compte.<sup>1</sup>

Pour parer à ce problème et veiller à ce que les modifications ne favorisent pas par inadvertance les entreprises d'État, les modifications proposées devraient être révisées de façon à assujettir les investissements effectués par des entreprises d'État à un examen lorsque soit le seuil de la valeur comptable des actifs, soit le seuil de la valeur d'affaire est atteint. Subsidiairement, un seul critère pourrait être adopté pour les investisseurs OMC entreprises d'État ou autres qu'entreprises d'État sur la base de la valeur d'affaire, un seuil monétaire de la valeur d'affaire plus faible étant applicable aux investisseurs OMC entreprises d'État.

Nous espérons que nos commentaires seront utiles aux comités parlementaires examinant les mesures législatives proposées. Nous restons à votre disposition pour répondre à toute question.

Je vous prie d'agréer, Messieurs, l'expression de mes sentiments distingués.

*(Original signé par Tamra Thomson, au nom de Brian A. Facey)*

Brian A. Facey  
Président  
Section nationale du droit de la concurrence

cc. James Rajotte, député  
Président, Comité des finances de la Chambre des communes  
Par courriel : [FINA@parl.gc.ca](mailto:FINA@parl.gc.ca)

<sup>1</sup>

[www.ic.gc.ca/eic/site/cprp-gepmc.nsf/vwapj/Foncer\\_pour\\_gagner.pdf/\\$FILE/Foncer\\_pour\\_gagner.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/cprp-gepmc.nsf/vwapj/Foncer_pour_gagner.pdf/$FILE/Foncer_pour_gagner.pdf), p. 37