

FOIRE AUX QUESTIONS SUR LA LOI SUR INVESTISSEMENT CANADA

Q. : L'investissement étranger direct est-il toujours possible au Canada?

R. : Certainement. Il ne fait aucun doute que le gouvernement canadien appuie l'investissement étranger direct, même si une OPA récente, hautement médiatisée, a provoqué de nombreux débats dans le public et la classe politique et qu'une modification éventuelle de la loi ou de la politique du gouvernement a été évoquée. Depuis l'entrée en vigueur de la Loi sur Investissement Canada (la « LIC »), il y a un quart de siècle, plus de 99 % des opérations susceptibles de révision ont été approuvées. Comme nous l'expliquons plus en détails ci-après, seules deux opérations ont été refusées. Il s'agissait dans chaque cas de situations exceptionnelles.

Q. : Comment fonctionne la LIC?

R. : La LIC prévoit l'application de trois mécanismes distincts à l'investissement étranger direct au Canada : l'avis d'investissement, l'examen économique quant à l'« avantage net » du Canada et l'examen relatif à la sécurité nationale. L'avis d'investissement est un document très simple, souvent présenté après la conclusion de l'opération par l'investisseur non canadien qui acquiert le contrôle d'une entreprise canadienne ou qui constitue une nouvelle entreprise au Canada. Aucune approbation gouvernementale n'est nécessaire.

L'examen économique vise à vérifier si l'opération est à l'avantage net du Canada. Il est exigé dans certains cas où un investisseur non canadien acquiert le contrôle d'une entreprise canadienne et que certains seuils sont dépassés. Un investissement susceptible d'examen doit généralement être approuvé par le Ministre avant la conclusion de l'opération.

Un examen relatif à la sécurité nationale peut avoir lieu si le gouvernement estime qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un investissement pourrait porter atteinte à la sécurité nationale. Si le gouvernement décide de mener un tel examen, l'approbation gouvernementale est nécessaire. L'examen relatif à la sécurité nationale est censé être une mesure exceptionnelle.

Q. : Dans quel cas doit-on donner un avis d'investissement selon la LIC?

R. : L'avis doit être donné lorsqu'un non-Canadien acquiert le contrôle d'une entreprise canadienne et que l'opération ne nécessite pas d'examen économique. L'entreprise cible est une entreprise canadienne si elle remplit les conditions suivantes : (i) elle possède un établissement au Canada; (ii) elle emploie au Canada au moins un individu travaillant à son compte ou contre rémunération dans le cadre de son exploitation; (iii) elle dispose d'actifs au Canada pour son exploitation. En général, il est facilement satisfait au critère de l'entreprise canadienne. L'avis doit également être donné par les non-Canadiens qui constituent une nouvelle entreprise au Canada.

Q. : Dans quel cas l'examen économique est-il exigé par la LIC?

R. : Un examen économique sera requis lorsqu'un non-Canadien acquiert le contrôle d'une entreprise canadienne de l'une des manières indiquées dans la loi et que la valeur de l'entreprise dépasse certaines limites. Dans le cas des acheteurs qui sont investisseurs OMC au sens de la LIC, le seuil applicable en 2010 est une valeur comptable des actifs de l'entreprise canadienne supérieure à 299 millions de dollars canadiens (à moins qu'il s'agisse d'une entreprise culturelle). Le calcul de la valeur des actifs comporte certains aspects techniques que nous n'aborderons pas ici.

Q. : Une modification de la LIC n'a-t-elle pas augmenté le seuil monétaire et prévu un nouveau critère de « valeur d'entreprise »?

R. : Oui, mais aucun règlement d'application n'a encore été édicté et le processus semble actuellement piétiner.

Q. : Existe-t-il des dérogations aux exigences d'examen?

R. : Il existe un certain nombre de dérogations. La plus importante est celle qui s'applique à l'acquisition indirecte d'une entreprise canadienne par un

investisseur OMC (lorsque la société mère extraterritoriale acquiert le contrôle d'une société canadienne). Bien que le critère soit complexe, un investisseur sera considéré comme un « investisseur OMC » lorsqu'il s'agit d'une entité contrôlée par des personnes qui résident dans un ou plusieurs pays membres de l'Organisation mondiale du commerce.

Q. : Qu'arrive-t-il si la société a seulement son siège social et éventuellement une inscription en bourse au Canada, mais que les actifs de son entreprise sont situés à l'étranger?

R. : En général, ce n'est pas suffisant pour dispenser l'opération d'un examen par ailleurs exigé. Même si toutes les activités sont extraterritoriales, l'existence d'un siège social au Canada suffit normalement à faire d'une entreprise une « entreprise canadienne » au sens de la LIC.

Q. : Y a-t-il des secteurs critiques?

R. : Les modifications récentes à la LIC relatives aux secteurs critiques sont entrées en vigueur. À l'heure actuelle, l'entreprise culturelle est le seul secteur critique. Des seuils beaucoup moins élevés s'appliquent à l'acquisition du contrôle d'une entreprise culturelle canadienne.

Q. : Qu'est-ce qu'une entreprise culturelle?

R. : La LIC considère qu'une entreprise canadienne est une entreprise culturelle si elle se livre à l'une ou l'autre des activités suivantes :

- a) la publication, la distribution ou la vente de livres, de revues, de périodiques ou de journaux, sous forme imprimée ou assimilable par une machine, à l'exclusion toutefois de la seule impression ou composition de ces publications ;
- b) la production, la distribution, la vente ou la présentation de films ou d'enregistrements vidéo;
- c) la production, la distribution, la vente ou la présentation d'enregistrements de musique audio ou vidéo;
- d) l'édition, la distribution ou la vente de compositions musicales sous forme imprimée ou assimilable par une machine;
- e) les radiocommunications dont les transmissions sont destinées à être captées directement par le grand public, notamment les activités de radiodiffusion, de télédiffusion et de câblodistribution et les services de programmation et de diffusion par satellite.

Q. : Qu'arrive-t-il si l'entreprise touche à des activités culturelles, mais de manière très accessoire?

R. : Selon le ministère du Patrimoine canadien, l'autorité responsable de l'application des dispositions de la LIC relatives aux entreprises culturelles, dès qu'une entreprise touche à des activités culturelles, elle est visée par la loi. Il n'y a pas d'exception.

Q. : Les entreprises culturelles font-elles l'objet de mesures particulières?

R. : Oui, les entreprises culturelles font l'objet d'un traitement particulier. Dans la plupart des cas, le seuil d'examen baisse à cinq millions de dollars canadiens (valeur comptable des actifs). Dans certains cas, un examen peut être ordonné si la valeur des actifs est inférieure à cinq millions de dollars canadiens. Il faut aussi savoir que c'est le ministère du Patrimoine canadien qui examine les acquisitions d'entreprises culturelles et que certaines de ses orientations pourraient influencer sur l'examen. Dans certains secteurs culturels, le ministère a pour politique de ne pas approuver une acquisition, sauf cas particulier. Ces politiques ne sont pas toujours appliquées.

Q. : Comment fait-on approuver une opération nécessitant un examen économique ou culturel?

R. : On doit soumettre une demande d'examen à l'autorité publique compétente. La demande doit expliquer en détails les projets de l'acheteur pour l'entreprise. Il faudra très souvent fournir au gouvernement canadien des engagements concernant l'exploitation future de l'entreprise.

Q. : Quel type d'engagement doit être pris?

R. : Les engagements varient selon la nature de l'opération. En général, ils portent sur le niveau des emplois (nombre de personnes), le niveau des dépenses en immobilisations et en recherche-développement, le maintien du siège social au Canada, le rôle des Canadiens dans la haute direction et le conseil d'administration et de nombreux autres facteurs. La durée des engagements varie normalement de trois à cinq ans après la conclusion de l'opération.

Q. : Quel est le critère d'approbation?

R. : Le Ministre doit décider si l'opération sera vraisemblablement à l'avantage net du Canada.

Q. : Le processus d'examen est-il exigeant?

R. : À première vue, le processus peut sembler inquiétant à l'investisseur étranger qui n'en a pas l'habitude. Toutefois, l'autorité publique qui réalise l'examen a une vaste expérience et s'efforcera d'en venir à un résultat qui est acceptable pour l'investisseur et qui procure un fondement satisfaisant à l'approbation du Ministre. Il est bien entendu que les opérations très médiatisées sont susceptibles de faire l'objet d'un examen beaucoup plus approfondi.

Q. : Le processus d'examen est-il public?

R. : Non. À l'heure actuelle, le processus d'examen des investissements est rigoureusement confidentiel, conformément à la LIC. Soulignons qu'il n'est pas rare, dans le cas d'opérations de grande envergure, que l'investisseur (à la demande du gouvernement) ou parfois le gouvernement publie à la fin du processus un communiqué de presse portant sur les points principaux

des engagements pris par l'investisseur. Soulignons également qu'un projet de loi émanant d'un député et visant le retrait de la confidentialité des engagements et de certaines parties du processus de mise en application de la loi a été présenté au Parlement en mars 2010. Toutefois, ce projet de loi n'a pas encore franchi l'étape de la première lecture et il n'est pas évident qu'il finira par devenir loi. Plus récemment, à la suite de la décision PotashCorp dont il est question ci-après, la Chambre des communes a adopté à l'unanimité une motion non contraignante visant à rendre le processus d'examen de la LIC plus transparent, plus coopératif et plus responsable envers les collectivités qui sont touchées par ces décisions.

Q. : Combien de temps l'examen prend-il?

R. : En général, l'examen dure de 60 à 75 jours, selon les circonstances.

Q. : Des règles spéciales s'appliquent-elles aux sociétés d'État?

R. : Les investissements des sociétés d'État sont examinés en fonction des facteurs applicables aux investisseurs privés. Cela dit, le gouvernement a publié des lignes directrices sur les points particuliers dont il tiendra compte dans l'examen des opérations envisagées par des sociétés d'État. En bref, le Ministre devra être convaincu que l'investisseur a une vocation commerciale et que sa structure de gouvernance respecte les normes commerciales généralement acceptées. Il se peut que des engagements soient exigés sur ces points particuliers.

Q. : Le gouvernement a-t-il approuvé des investissements de sociétés d'État par le passé?

R. : Oui. Un certain nombre d'investissements de ce type ont été approuvés, notamment ceux de sociétés d'État de la Chine, de la Corée, de l'Europe et du Moyen-Orient.

Q. : Quelles opérations ont été refusées en vertu de la LIC?

R. : Il y a eu deux refus à ce jour. Le premier, en 2008, portait sur un projet d'acquisition présenté par une société américaine d'armement, Alliant Techsystems Inc., qui visait l'entreprise spatiale de MacDonald, Dettwiler & Associates Ltd. Cette entreprise a mis au point et exploité le programme de satellite Radarsat, ainsi que le bras robotique fixé à la navette spatiale de la NASA.

Le deuxième refus, en novembre 2010, portait sur l'OPA lancée sur Potash Corporation of Saskatchewan Inc. (« PotashCorp ») par BHP Billiton Plc. La province de la Saskatchewan, où sont situées la plupart des mines de PotashCorp, s'est fortement opposée à cette acquisition, opposition à laquelle d'autres gouvernements provinciaux et d'autres parties concernées ont fait écho. Le 3 novembre 2010, le ministre de l'Industrie a indiqué dans un communiqué de presse qu'il avait informé BHP qu'à son avis l'opération envisagée n'était pas vraisemblablement à l'avantage net du Canada et que BHP disposait de 30 jours pour faire les déclarations et prendre les engagements supplémentaires qu'elle jugeait appropriés. Dix jours plus tard, le Ministre a indiqué par communiqué de presse qu'il

avait été informé que BHP Billiton avait retiré sa demande d'examen et que cela mettait fin au processus d'examen régi par la LIC. Il a précisé que le Canada considérait les investissements étrangers comme étant dans l'intérêt du Canada étant donné tous les avantages qu'ils apportent, notamment les nouvelles idées, les nouvelles sources de capitaux et la création d'emplois. Toutefois, dans le cas de cette acquisition précise, le Ministre a établi que trois des critères spécifiés dans la LIC n'étaient pas remplis, soit ceux concernant la capacité du Canada à faire face à la concurrence sur les marchés mondiaux, la productivité, le rendement et l'innovation au Canada ainsi que le niveau général de l'activité économique du pays.

Q. : La politique joue-t-elle un rôle dans la LIC ?

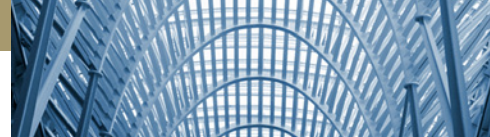
R. : Dans certains cas, la politique peut jouer un rôle très important. Même si les facteurs que le Ministre doit examiner sont spécifiés dans la LIC, ils sont souvent très larges. Par exemple, l'un des facteurs spécifiés est la compatibilité de l'investissement avec les politiques industrielles, économiques et culturelles du Canada. Le Ministre a donc une grande latitude dans ses décisions sur des investissements particuliers. Il faut aussi noter que d'autres ministères fédéraux et des gouvernements provinciaux touchés sont consultés. Les particuliers et les organisations peuvent présenter des observations au gouvernement. Depuis quelques années, le processus de la LIC est devenu plus politisé, si bien que les mesures prises par le Ministre sont davantage discutées sur la place publique. Certaines opérations ont été débattues au Parlement. On peut toutefois s'attendre à ce que le Ministre et son personnel exercent leurs responsabilités conformément aux exigences de la LIC.

Q. : Quel est le rôle des conseillers en relations gouvernementales et en relations publiques?

R. : Dans bien des cas, il n'est pas nécessaire de recourir à des relationnistes. Mais lorsqu'une opération soulève des questions politiquement sensibles, une stratégie de relations gouvernementales et de relations publiques est essentielle. Il faut évaluer le risque politique le plus tôt possible (bien avant l'annonce publique). Il est souvent judicieux de rencontrer par courtoisie les principaux fonctionnaires municipaux, provinciaux et fédéraux pour présenter l'investisseur et expliquer la raison d'être de l'opération envisagée. Dialoguer le plus tôt possible avec ces fonctionnaires permet souvent de faire apparaître les questions problématiques et de les régler de manière constructive. Dans ces cas-là, il est important de suivre en permanence le sentiment de la classe politique et du public envers l'opération.

Q. : Comment fonctionne le processus d'examen de la sécurité nationale?

R. : C'est un processus en plusieurs étapes, mais en gros la LIC permet au gouvernement d'ouvrir un examen s'il y a des motifs raisonnables de croire qu'un investissement peut nuire à la sécurité nationale. À la différence des dispositions sur les examens économiques, il n'est pas nécessaire qu'il y ait prise de contrôle d'une entreprise



canadienne. Une fois le processus lancé, l'opération ne peut être réalisée tant que l'approbation n'est pas obtenue. Une opération déjà réalisée peut faire l'objet de certaines mesures prévues par la loi, par exemple une ordonnance de désinvestissement.

Q. : Peut-on présenter une demande visant à faire trancher à l'avance les questions de sécurité nationale?

R. : Non. Cependant, il est possible dans certains cas d'aviser le gouvernement de l'opération avant sa conclusion, ce qui commence à faire courir certains délais réglementaires après lesquels la LIC n'autorise plus le Ministre à mener un examen.

Q. : Un projet d'investissement a-t-il déjà été examiné parce qu'il aurait pu porter atteinte à la sécurité nationale?

R. : Nous avons connaissance d'un seul cas. Un avis concernant la possibilité que soit examiné un investissement au titre de la sécurité nationale a été délivré lorsque George Forrest International Afrique S.P.R.L. (« GFI ») a voulu faire l'acquisition de Forsys Metals Corp. (« Forsys »). Forsys était propriétaire de terrains uranifères inexploités en Namibie. L'opération n'a finalement pas abouti. Il ne semble pas qu'un examen national complet ait jamais été ouvert.

Q. : Existe-t-il un mécanisme de sanction des engagements?

R. : Oui. La LIC contient des dispositions qui permettent la sanction des engagements. Parmi les mesures coercitives prévues, il y a les amendes et les ordonnances de se départir de l'entreprise acquise. Le Procureur général du Canada a intenté une poursuite contre US Steel en raison des engagements qu'elle avait pris lorsqu'elle a acquis Stelco. Le Procureur général allègue que US Steel a contrevenu à des engagements concernant les niveaux de production et d'emploi. US Steel se défend vigoureusement en soutenant, entre autres, que le ralentissement économique mondial est un facteur critique qui doit être pris en compte dans l'évaluation du respect de ses engagements. US Steel a aussi contesté la validité constitutionnelle des dispositions de la LIC sur les mesures de redressement. Rejetée en première instance, la contestation a été portée en appel.

Q. : Des changements dans la LIC et la politique s'y rapportant sont-ils prévus?

R. : Oui, mais il est difficile d'en prédire les détails. Le Ministre est censé donner dans un avenir proche d'autres indications sur les positions actuelles de gouvernement concernant les investissements étrangers. Il est probable que le Parlement et le Comité de l'industrie envisageront de modifier la LIC, notamment en rendant le processus d'examen plus accessible au public. Il faut aussi noter que des modifications apportées en 2009 qui visaient à remplacer le critère de valeur des actifs par le critère de valeur d'entreprise et à porter à 600 millions de dollars canadiens le seuil d'examen actuel de 299 millions de dollars canadiens (en 2010) ne sont pas encore entrées en vigueur en raison de l'absence de règlement d'application. Pour le moment, nous ne savons pas si ces modifications entreront en vigueur un jour.

Q. : Le climat actuel est-il favorable aux investissements étrangers au Canada?

R. : Ces dernières années, quelques opérations très médiatisées ont été suivies de près par le public et ont fait l'objet de nombreux débats politiques, mais le gouvernement du Canada a déclaré clairement et à plusieurs reprises que, en général, il soutient fortement les investissements étrangers directs au Canada. À la suite de l'affaire PotashCorp, on peut s'attendre à ce que le gouvernement donne d'autres lignes directrices, officielles ou non, sur le processus d'examen. Des modifications éventuelles de la LIC pourraient aussi accorder plus d'importance à la transparence du processus d'examen et aux mécanismes de mise à exécution de la loi. Il est essentiel, pour faire approuver une opération, de bien évaluer dès le départ tous les enjeux qui peuvent être soulevés par la LIC.

Auteur : Shawn Neylan (sneylan@stikeman.com), membre du groupe du droit de la concurrence et des investissements étrangers de Stikeman Elliott.

MONTRÉAL

John W. Leopold
jleopold@stikeman.com

Peter Castiel
pcastiel@stikeman.com

Michel Gélinas
mgelinas@stikeman.com

OTTAWA

Lawson A. W. Hunter
lhunter@stikeman.com

Susan M. Hutton
shutton@stikeman.com

TORONTO

Shawn C.D. Neylan
sneylan@stikeman.com

Jeffrey Brown
jbrown@stikeman.com

VANCOUVER

John F. Anderson
janderson@stikeman.com

CALGARY

Craig A. Story
cstory@stikeman.com

NEW YORK

Kenneth G. Ottenbreit
kottenbreit@stikeman.com

Gordon N. Cameron
gncameron@stikeman.com

LONDRES

Stewart Sutcliffe
ssutcliffe@stikeman.com

SYDNEY

Brian G. Hansen
bhansen@stikeman.com