



**Fusions et acquisitions au Canada:  
Droit applicable en  
matière de concurrence  
et d'investissement  
étranger**



# Droit applicable en matière de concurrence et d'investissement étranger

---

Introduction .....	2
Concurrence/antitrust.....	2
Éléments de base : la <i>Loi sur la concurrence</i> , le commissaire et le Tribunal.....	2
Normes applicables à l'examen d'une fusion .....	3
Préavis de fusion pour les opérations importantes.....	4
Processus d'examen des fusions à deux étapes .....	6
Double dépôt pour les entreprises de transport .....	7
Certificats de décision préalable (CDP).....	8
Examen de l'investissement étranger .....	8
Types d'opérations dispensées .....	9
Opérations sujettes à l'examen .....	9
Investissements d'entreprises d'État étrangères.....	13
Processus d'« examen relatif à la sécurité nationale » .....	15
Opérations devant faire l'objet d'un avis.....	16
Autres restrictions sur la propriété étrangère.....	17
Limites sur la propriété étrangère dans des secteurs commerciaux précis .....	17
Limites sur la propriété étrangère de certaines entreprises .....	17
Restrictions sur les mesures d'encouragement offertes à certaines entreprises.....	18
Restrictions sur la propriété de terres par des étrangers ou des non-résidents.....	18

# Droit applicable en matière de concurrence et d'investissement étranger

## Introduction

Dans le présent chapitre, nous allons nous intéresser à deux domaines de la réglementation qui touchent de près les fusions et acquisitions transfrontalières, soit le **droit de la concurrence** (ou droit antitrust comme nous l'appelons au Canada) et **l'examen de l'investissement étranger**. Bien que d'autres régimes réglementaires, comme le droit de l'emploi et du travail, aient souvent des répercussions importantes sur les opérations de fusion et d'acquisition, la législation en matière de concurrence et d'investissement étranger est l'un des principaux moyens dont se sert le gouvernement fédéral pour exprimer directement sa politique en matière d'acquisitions et de propriété étrangère.

Nous vous invitons à consulter le blogue de Stikeman Elliott, *The Competitor* ([www.thecompetitor.ca](http://www.thecompetitor.ca)) (disponible en anglais seulement), qui présente et analyse les faits nouveaux touchant le droit de la concurrence et de l'investissement étranger au Canada. Ce site contient des documents de référence ainsi que des liens vers les sites Web gouvernementaux pertinents.

## Concurrence/antitrust

### Éléments de base : la *Loi sur la concurrence*, le commissaire et le Tribunal

Contrairement à de nombreux autres domaines de réglementation au Canada, la concurrence et l'examen de l'investissement étranger sont, tout compte fait, des affaires relevant uniquement du fédéral. Le droit de la concurrence, sur lequel porte la première partie du présent exposé, est régi par la ***Loi sur la concurrence***, qui a été adoptée par le Parlement en 1986. Cette loi est régie par le bureau du **commissaire de la concurrence** qui, dans le cadre de son mandat, enquête sur les fusions et les pratiques commerciales anticoncurrentielles. Sur requête du commissaire de la concurrence (ou, dans certaines circonstances, de parties privées), un organe quasi judiciaire appelé le **Tribunal de la concurrence** peut tenir des audiences sur l'examen d'une fusion, la réglementation de sociétés ayant une position « dominante », le refus de vendre, l'exclusivité, les ventes liées, la limitation du marché ou la publicité trompeuse.

Chaque gouvernement canadien au pouvoir depuis les dernières années a accordé une attention de plus en plus grande aux effets anticoncurrentiels des fusions et autres pratiques commerciales. En 2009, le Parlement a adopté les modifications les plus importantes apportées à ce jour au régime de concurrence du Canada, en créant notamment un nouveau processus d'examen des fusions à « deux étapes » à

l'américaine. Avant de l'examiner en détail, il serait utile de connaître les normes applicables à l'examen d'une fusion et les exigences en matière de préavis.

## **Normes applicables à l'examen d'une fusion**

### Définition d'une « fusion »

L'article 91 de la *Loi sur la concurrence* définit un « fusionnement » de manière très large :

... l'acquisition ou l'établissement, par une ou plusieurs personnes, directement ou indirectement, soit par achat ou location d'actions ou d'éléments d'actif, soit par fusion, association d'intérêts ou autrement, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d'une entreprise d'un concurrent, d'un fournisseur, d'un client, ou d'une autre personne, ou encore d'un intérêt relativement important dans la totalité ou quelque partie d'une telle entreprise.

L'acquisition du « contrôle » est définie dans la *Loi sur la concurrence* et comprend l'acquisition de la majorité des intérêts avec droit de vote d'une entité (une société par actions ou un autre type d'entreprise). L'expression « intérêt relativement important » n'y est pas définie, mais le commissaire a publié des directives d'interprétation à cet égard.

Que la fusion se fasse au moyen d'un achat d'actions ou de la location de biens, par une absorption ou un regroupement d'entreprises ou autrement importe peu. Le commissaire de la concurrence peut contester une acquisition devant le Tribunal à tout moment durant l'année qui suit la réalisation de cette acquisition, sauf si un certificat de décision préalable (« CDP ») a été accordé (voir l'exposé ci-dessous sur ce sujet). Lorsque le Tribunal juge qu'une fusion, réalisée ou proposée, a empêché ou diminué sensiblement la concurrence sur un marché ou aura cet effet, il peut exercer son vaste pouvoir discrétionnaire pour rendre une ordonnance remédiate. Cette ordonnance peut interdire catégoriquement la fusion projetée ou, dans le cas d'une fusion déjà réalisée, exiger le dessaisissement de la totalité ou d'une partie de l'entreprise acquise.

### **Principal critère de fond**

Relativement aux fusions, le principal critère de fond établi par la *Loi sur la concurrence* est le suivant : la fusion « empêcherait-elle ou diminuerait-elle sensiblement la concurrence ou aurait-elle vraisemblablement cet effet » dans le marché en cause? Le commissaire de la concurrence se sert de ce critère pour décider s'il présentera ou non une requête devant le Tribunal, et le Tribunal l'utilise également lorsqu'il se prononce sur une demande. Lorsqu'ils appliquent ce critère, le commissaire de la concurrence et le Tribunal prennent en considération l'étendue et la réalité de la concurrence étrangère, la déconfiture ou la déconfiture vraisemblable de l'entreprise d'une partie à la fusion, l'étendue et la disponibilité de substituts acceptables aux produits fournis par les parties, les entraves actuelles à

l'accès au marché, la possibilité que l'opération puisse entraîner la disparition d'un concurrent dynamique et efficace, la mesure dans laquelle il y aurait encore de la concurrence réelle après l'opération, ainsi que la nature et la portée des changements et des innovations sur le marché pertinent.

### Lignes directrices concernant l'application de la loi à l'égard des fusions

Le commissaire de la concurrence a choisi un cadre analytique composé de facteurs juridiques et économiques semblables à ceux que l'on trouve dans la jurisprudence antitrust américaine. En octobre 2011, le commissaire de la concurrence a publié la version révisée d'un document intitulé *Fusions — Lignes directrices pour l'application de la loi*, lesquelles lignes directrices sont calquées sur des principes directeurs similaires adoptés par le ministère de la Justice des États-Unis et définissent de façon générale la manière dont sont administrées les dispositions en matière d'examen de fusion de la *Loi sur la concurrence*.

### Préavis de fusion pour les opérations importantes

#### Généralités

Certaines opérations d'envergure doivent faire l'objet d'un préavis en vertu de la *Loi sur la concurrence* et ne peuvent être réalisées tant que la période d'examen dont il est question ci-après (la « période d'attente ») n'est pas écoulée. Un préavis de fusion doit être déposé à l'égard de tout projet d'acquisition d'actifs ou d'actions, de fusion ou de tout autre type de regroupement d'entreprises qui vise à établir une entreprise au Canada lorsque les seuils concernant la « taille des parties », l'« ampleur de l'opération » et « la participation » sont dépassés. En janvier 2012, le commissaire de la concurrence a révisé *Les lignes directrices concernant le processus d'examen des fusions* (les « lignes directrices sur les fusions »), qui décrivent l'approche générale envers l'administration du processus d'examen de fusion à deux étapes, qui s'applique aux opérations projetées assujetties à l'obligation de dépôt d'un préavis de fusion.

#### En quoi consiste une « opération importante »?

Si les parties à une opération, collectivement avec les membres de leur groupe respectifs, détiennent des actifs au Canada qui excèdent 400 millions de dollars ou ont des revenus annuels bruts tirés de ventes au Canada, ou à destination ou en provenance du Canada, de plus de 400 millions de dollars (le seuil concernant la « taille des parties »), le commissaire de la concurrence doit être avisé des situations suivantes.

- Une acquisition d'actifs au Canada dont la valeur comptable s'élève à plus de 87 millions de dollars ou qui génère des revenus bruts provenant de ventes au Canada ou en provenance du Canada de plus de 87 millions de dollars.

- La création d'un regroupement d'entreprises non doté de la personnalité morale lorsque la valeur de l'apport en actifs au Canada ou les revenus bruts tirés de ventes au Canada ou en provenance du Canada générés par ces actifs dépassent 87 millions de dollars.
- Une fusion lorsqu'au moins deux des sociétés fusionnantes (y compris les membres de leur groupe respectifs) détiennent des actifs au Canada d'une valeur supérieure à 87 millions de dollars ou ont des revenus annuels bruts tirés de ventes au Canada ou en provenance du Canada de plus de 87 millions de dollars et que la valeur des actifs au Canada de la société prorogée ou les revenus bruts tirés de ventes au Canada ou en provenance du Canada générés par ces actifs dépassent 87 millions de dollars (la *Loi sur la concurrence* ne définit pas le terme « fusion », mais le Bureau de la concurrence a déclaré que l'union de deux sociétés ou plus, qui résulte en une seule entité, aux termes d'une loi en vigueur, est considérée comme une fusion aux fins de *Loi sur la concurrence*, que la fusion ait été effectuée en vertu d'une loi provinciale ou fédérale ou des lois d'un territoire étranger).
- L'acquisition d'un intérêt dans un regroupement d'entreprises non doté de la personnalité morale (comme une société de personnes) qui exploite une entreprise ayant des actifs au Canada, ou qui a des revenus bruts tirés de ventes au Canada ou en provenance du Canada générés par ces actifs, de plus de 87 millions de dollars.
- Une acquisition d'actions avec droit de vote d'une société qui, collectivement avec toutes les autres sociétés qu'elle contrôle, a des actifs au Canada, ou des revenus annuels bruts tirés de ventes au Canada ou en provenance du Canada générés par ces actifs, de plus de 87 millions de dollars.

Chacune de ces conditions préalables au préavis de fusion est appelée couramment le seuil concernant l'« ampleur de l'opération ». Ce seuil (qui était de 87 millions de dollars en 2016) est indexé annuellement en fonction de la croissance du PIB nominal.

Quant aux deux dernières situations énumérées ci-dessus, l'avis d'acquisition d'un intérêt dans un regroupement d'entreprises ou dans des actions avec droit de vote d'une société est requis seulement si certains seuils concernant l'« intérêt » ou la « participation » sont aussi dépassés. Le regroupement d'entreprises et l'acquisition d'actions commandent des seuils différents. Dans le cas d'un regroupement d'entreprises, les seuils sont les suivants :

- un droit à plus de 35 % des bénéfices ou des actifs au moment de la dissolution;
- si ce seuil a déjà été dépassé, un droit à plus de 50 % des bénéfices ou des actifs au moment de la dissolution.

Dans le cas d'une acquisition d'actions avec droit de vote d'une société, les seuils sont les suivants :

- plus de 20 %, si l'opération vise des actions avec droit de vote d'une société ouverte;
- plus de 35 %, si l'opération vise des actions avec droit de vote d'une société fermée;
- plus de 50 %, s'il s'agit d'une acquisition ultérieure d'actions avec droit de vote de l'un ou l'autre de ces types de société par une personne qui avait auparavant dépassé le seuil prescrit susmentionné à l'égard de la société.

À l'exception d'une fusion d'entreprises projetée (qui exige qu'au moins deux des entités fusionnantes soient établies au Canada), l'entité cible peut dépasser à la fois le seuil concernant la taille des parties et le seuil concernant l'ampleur de l'opération.

### Obligations de dépôt

Lorsqu'une opération doit faire l'objet d'un avis, les parties peuvent déposer un préavis de fusion conformément au *Règlement sur les transactions devant faire l'objet d'un avis*. En général, plusieurs renseignements doivent figurer dans ce préavis, tels que la description de l'opération projetée et des objectifs commerciaux que l'on prévoit réaliser grâce à cette opération, la liste des autorités étrangères qui ont été avisées de l'opération projetée et les dates auxquelles cet avis a été donné et divers renseignements sur chaque partie et les membres de son groupe, notamment une description de son activité principale et de ses catégories de produits importantes, ainsi que des renseignements détaillés sur ses clients et ses fournisseurs.

Des frais de 50 000 \$ sont exigés pour le dépôt d'un préavis de fusion.

### Processus d'examen des fusions à deux étapes

Une période d'attente initiale de 30 jours s'appliquera après le dépôt du préavis de fusion, et l'opération projetée ne pourra être réalisée qu'à la fin de ce délai (sauf si on permet qu'il prenne fin avant). Si au cours de cette période, le commissaire de la concurrence présente une « demande de renseignements supplémentaires » (une « DRS »), la période d'attente sera réinitialisée et un nouveau délai de 30 jours commencera à courir en conformité avec la DRS.

Lorsque le commissaire de la concurrence détermine qu'une DRS est nécessaire, les parties seront avisées au cours de la période d'attente initiale de 30 jours qu'une telle demande est imminente et, en général, elles recevront un projet de celle-ci avant sa délivrance. Les lignes directrices sur les fusions encouragent les parties à dialoguer avant la délivrance de la DRS pour clarifier la version provisoire de cette demande et aider le commissaire de la concurrence à comprendre la nature des renseignements disponibles et à prendre connaissance des facteurs qui pourraient

empêcher les parties de se conformer à sa demande. Après la délivrance de la DRS, un autre dialogue, prévu dans les lignes directrices sur les fusions, aura lieu, cette fois pour établir l'ordre de priorité des demandes de renseignements, discuter du processus de désignation des dépositaires, effectuer les recherches électroniques et, si les renseignements sont fournis au fur et à mesure, confirmer si d'autres informations sont requises.

Si une partie réalise l'opération avant l'expiration de la période d'attente, un tribunal ou le Tribunal de la concurrence peut, sur requête du commissaire de la concurrence, lui imposer une amende maximale de 10 000 \$ pour chaque jour de la période d'attente qui n'a pas été respecté, en sus d'autres pénalités.

### **Double dépôt pour les entreprises de transport**

En vertu de la *Loi sur les transports au Canada*, lorsqu'un préavis de fusion doit être déposé aux termes de la *Loi sur la concurrence*, les parties à l'opération de fusion projetée mettant en jeu une « entreprise de transport » doivent également aviser le ministre des Transports, de l'Infrastructure et des Collectivités<sup>1</sup>. Si le ministre n'en est pas avisé comme il se doit, il en résulte une infraction pénale punissable d'une amende pouvant aller jusqu'à 50 000 \$.

Lorsque la double notification s'applique, l'avis au ministre doit contenir la même information que celle fournie au commissaire de la concurrence aux termes de la *Loi sur la concurrence* (c.-à-d., l'information prescrite dans le *Règlement sur les transactions devant faire l'objet d'un avis*), ainsi que l'information concernant l'intérêt public en ce qui a trait au réseau de transport national, comme l'exigent les lignes directrices qui seront publiées par le ministre<sup>2</sup>. Après le dépôt de l'avis auprès du ministre, celui-ci a 42 jours pour décider si la fusion projetée soulève ou non des questions d'intérêt public. Tant que les lignes directrices définitives n'auront pas été publiées, les critères sur lesquels le ministre fondera sa décision demeurent incertains. Si le ministre estime que des questions d'intérêt public sont soulevées, les parties ne pourront pas réaliser l'opération sans l'approbation du gouverneur en conseil (qui est en fait le cabinet fédéral), laquelle dépend en dernier ressort de la recommandation du ministre et des ententes intervenues entre les parties. Si les parties réalisent une opération sans cette approbation, le ministre peut demander à une cour supérieure de justice de prononcer une ordonnance remédiate appropriée, qui pourrait ordonner le dessaisissement d'actifs. Soulignons que l'Office des transports du Canada estime que la délivrance d'un certificat de décision préalable ou la renonciation prévue à l'alinéa 113 c) (qui

---

<sup>1</sup> Avant les modifications de 2007, l'avis se limitait aux opérations touchant les entreprises de transport aérien. Les restrictions sur la propriété étrangère applicables au secteur du transport aérien sont toujours en vigueur et s'adressent *uniquement* aux entreprises de ce secteur.

<sup>2</sup> Le 28 juillet 2008, Transport Canada a présenté un projet de document intitulé *Lignes directrices sur les fusions et les acquisitions visant des entreprises de transport*, dont la version définitive n'a pas encore été publiée.



soustrait les parties à l'obligation en matière d'avis de la *Loi sur la concurrence*) ne dispense pas ces dernières de l'obligation en matière d'avis qu'il impose.

### **Certificats de décision préalable (CDP)**

La loi prévoit un processus de décision préalable qui permet aux parties à une opération de fusion projetée de demander au commissaire de la concurrence un CDP qui confirme, après examen des faits présentés dans leur demande, que celui-ci ne contestera pas le projet de fusion. Le CDP offre deux avantages. Premièrement, il dispense les parties de l'obligation statutaire de donner avis de l'opération ou il met fin à la période d'attente prévue par la loi. Deuxièmement, il empêche le commissaire de la concurrence de contester l'opération après sa réalisation.

Des frais de dépôt de 50 000 \$ sont payables pour toute demande de CDP. Lorsqu'un préavis de fusion et une demande de CDP sont déposés à l'égard de la même opération, seuls les frais relatifs au CDP sont exigés.

Le CDP ne sera délivré que si les circonstances sont très claires et que le commissaire de la concurrence est d'avis que l'opération n'empêchera ni ne diminuera sensiblement la concurrence sur un marché donné ni n'est susceptible de le faire. Toutefois, si la demande de CDP est refusée, le commissaire de la concurrence peut délivrer une lettre indiquant qu'il n'a pas actuellement l'intention de contester l'opération (appelée lettre de « non-intervention »). Les parties procèdent souvent à la clôture de leurs opérations sur le fondement d'une lettre de non-intervention qui ne comporte aucune réserve. Le CDP et la lettre de non-intervention se distinguent essentiellement sur un point : dans le cas de la lettre, le commissaire de la concurrence conserve le droit de contester l'opération dans l'année suivant la clôture. Cela dit, à notre connaissance, il n'est jamais arrivé qu'une fusion ait été contestée après sa clôture, suivant la délivrance d'une lettre de non-intervention sans réserve du commissaire de la concurrence. L'autre distinction notable entre ces deux documents du point de vue de la procédure réside dans le fait que la délivrance d'une lettre de non-intervention ne dispense pas nécessairement les parties de l'obligation en matière de préavis de fusion. Le commissaire de la concurrence peut cependant renoncer (et le fait régulièrement) à l'obligation de donner avis d'une opération si des renseignements essentiellement similaires à ceux qui sont requis dans le cadre du dépôt de l'avis ont été fournis avec la demande de CDP.

### **Examen de l'investissement étranger**

La *Loi sur Investissement Canada* (la « LIC ») permet au gouvernement fédéral d'examiner les investissements étrangers projetés pour s'assurer qu'ils produiront vraisemblablement un « avantage net pour le Canada ». En mars 2009, plusieurs modifications ont été apportées à la LIC, les plus importantes étant la hausse des seuils d'examen des acquisitions directes (qui sont entrés en vigueur en avril 2015)

et l'adoption d'une nouvelle disposition concernant l'examen relatif à la sécurité nationale.

En vertu de la LIC, certains types d'opérations sont dispensés d'examen, tandis que d'autres ne le sont pas ou sont seulement assujettis à l'obligation de déposer un avis après la clôture.

### **Types d'opérations dispensées**

Sont dispensées des dispositions en matière d'examen d'investissement de la LIC certaines opérations mettant en cause :

- des courtiers en valeurs mobilières et des sociétés de capital de risque qui agissent dans le cadre de leurs activités commerciales normales;
- des vendeurs exonérés d'impôt;
- des banques;
- l'acquisition d'une entreprise appartenant au gouvernement ou contrôlée par celui-ci;
- les acquisitions involontaires (dans le cadre d'une succession ou à la suite de l'application d'une règle de droit);
- l'acquisition temporaire d'une entreprise en vue de faciliter des ententes de financement;
- l'acquisition d'une entreprise dans le cadre de la réalisation d'une garantie dans de rares circonstances;
- les restructurations d'entreprises lorsque le contrôle ultime direct ou indirect demeure le même;
- l'acquisition d'une entreprise dont le revenu provient de l'exploitation agricole de terres acquises dans le cadre de la même opération;
- certains investissements par des sociétés d'assurances précisées.

Cependant, les dispositions concernant l'examen relatif à la sécurité nationale s'appliquent toujours dans le cas d'une opération visée par l'une de ces dispenses, et d'autres lois peuvent également entrer en jeu.

### **Opérations sujettes à l'examen**

#### **Généralités**

La LIC exige en général que chaque investisseur « non Canadien » (autre que les investisseurs ultimement contrôlés dans des pays membres de l'ALÉNA ou de l'Organisation mondiale du commerce (l'« OMC »)) qui prend le contrôle d'une « entreprise canadienne » dépose une demande auprès du ministre de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique avant de faire un investissement s'il projette de faire l'une ou l'autre des acquisitions suivantes :

- l'acquisition directe d'une entreprise canadienne ayant des actifs d'une valeur comptable de 5 millions de dollars ou plus;
- l'acquisition indirecte d'une entreprise canadienne (soit l'acquisition d'une entreprise canadienne par l'achat d'actions d'une société constituée à l'extérieur du Canada) si la valeur comptable de ses actifs est évaluée à plus de 50 millions de dollars et que les actifs canadiens acquis représentent plus de la moitié de ceux acquis dans le cadre de l'opération globale.

L'acquisition indirecte d'une entreprise canadienne ayant des actifs évalués à plus de 50 millions de dollars (qui est assujettie aux règles sur les investisseurs OMC) est toutefois sujette à examen (même lorsque les actifs de l'entreprise canadienne représentent moins de 50 % de la valeur des actifs acquis dans le cadre de l'opération globale), et la demande concernant cette acquisition peut être déposée dans les 30 jours suivant la clôture.

### Normes en vigueur à l'égard des investisseurs OMC

Les « investisseurs OMC » (ceux qui sont ultimement contrôlés dans un pays membre de l'OMC), y compris les investisseurs américains et la plupart des investisseurs européens, jouissent d'une grande liberté lorsqu'ils font des investissements au Canada. En outre, les dispositions de la LIC concernant l'acquisition d'une entreprise canadienne sous le contrôle d'un investisseur OMC (non-Canadien) par un investisseur d'un pays tiers font en sorte qu'il est beaucoup plus facile pour les investisseurs OMC de vendre leurs entreprises canadiennes. Les acquisitions directes d'entreprises canadiennes par un investisseur OMC ou l'acquisition d'une entreprise canadienne auprès d'une personne qui est contrôlée dans un pays membre de l'OMC (autre que le Canada) sont sujettes à examen si la « valeur d'entreprise » de l'entreprise canadienne en jeu, calculée selon la méthode prescrite dans les règlements, dépasse 600 millions de dollars, sauf si celle-ci exerce des activités culturelles (voir l'exposé ci-dessous sur ce sujet). En vertu de la LIC, le seuil de la valeur d'entreprise de 600 millions de dollars passera à 800 millions de dollars en 2017 et à 1 milliard de dollars en 2019 et sera indexé en fonction de la croissance annuelle du PIB à compter de 2021. En outre, la législation actuellement devant le Parlement du Canada portera à 1,5 milliard de dollars canadien le seuil de la valeur d'entreprise pour les entités ultimement contrôlées dans des pays avec lesquels le Canada a conclu un accord de libre-échange (notamment les États-Unis, le Mexique et les pays de l'Union européenne).

Les acquisitions indirectes par des investisseurs OMC ne sont pas assujetties à un examen, sauf si l'entreprise canadienne exerce les activités culturelles décrites ci-dessous.

### Exceptions relatives aux activités culturelles

Malgré les seuils plus élevés mentionnés précédemment, les seuils généraux s'appliquent *même aux investisseurs OMC* si l'entreprise canadienne est une « entreprise culturelle ».

Par « entreprise culturelle » on entend une entreprise qui se livre à l'une ou l'autre des activités suivantes :

- la publication, la distribution ou la vente de livres, de revues, de périodiques, de journaux ou de compositions musicales, sous forme imprimée ou assimilable par une machine, sauf si elle se livre uniquement à l'impression ou à la composition de livres, de revues, de périodiques et de journaux;
- la production, la distribution, la vente ou la présentation de films, d'enregistrements vidéo ou d'enregistrements de musique audio ou vidéo;
- la radiodiffusion, la télédiffusion et la câblodistribution, les services de programmation et de diffusion par satellite ou les radiocommunications, sauf la radiodiffusion, dont les transmissions sont destinées à être captées directement par le grand public.

Tout projet d'acquisition visant une « entreprise culturelle » canadienne est examiné par le ministre du Patrimoine canadien et évalué par rapport aux politiques particulières en matière de culture de ce ministère. Dans certaines circonstances, l'acquisition peut être interdite en raison des politiques en vigueur visant les entreprises culturelles (p. ex., les sociétés étrangères ne peuvent pas acheter une entreprise de publication de périodiques appartenant à des Canadiens).

Lorsque l'acquisition projetée comprend des activités à la fois culturelles et non culturelles, le ministre du Patrimoine canadien et le ministre de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique sont tous deux concernés.

Dans quelles circonstances y a-t-il « acquisition du contrôle » d'une entreprise canadienne?

Les dispositions de la LIC s'appliquent uniquement aux acquisitions du « contrôle » d'une entreprise canadienne, qu'il s'agisse d'une société par actions, d'une fiducie, d'une société de personnes ou d'un autre type d'entité. La LIC énonce des règles précises pour déterminer les circonstances dans lesquelles le contrôle d'une entreprise existante a été acquis par un non-Canadien.

L'entreprise canadienne d'une société qui fait affaire au Canada peut être acquise dans le cadre d'un achat (direct ou indirect) d'actions ou d'actifs. De même, quant aux entités qui ne sont pas des sociétés par actions (une société de personnes par exemple), l'acquisition peut se faire au moyen d'un achat d'actifs ou d'intérêts avec droit de vote. Bien que la LIC permette au ministre d'user de discrétion pour définir une opération précise, la règle fondamentale est la suivante : toute opération dans le cadre de laquelle un non-Canadien acquiert la majorité des actions ou des intérêts comportant droit de vote d'une entreprise canadienne est considérée comme l'acquisition du contrôle de cette dernière. On présume également que l'acquisition d'une proportion allant du tiers à la moitié des actions avec droit de vote d'une entreprise canadienne est une acquisition de contrôle (cette présomption peut être réfutée en démontrant qu'il n'y a aucun contrôle réel). L'acquisition de moins du tiers des actions avec droit de vote n'est généralement pas considérée comme une



acquisition de contrôle. La seule exception possible concerne une entreprise culturelle à l'égard de laquelle, même si moins du tiers des actions ou des intérêts avec droit de vote sont acquis, le ministre peut décider, d'après les faits, si le contrôle a été acquis ou non. L'acquisition de la totalité ou quasi-totalité des actifs d'une entité est aussi considérée comme une acquisition de contrôle, assujettie à une disposition générale, applicable aux sociétés par actions et à d'autres types d'entités, stipulant qu'on ne peut exclure l'application de la LIC en structurant une acquisition en de nombreuses petites opérations dont chacune serait en deçà des seuils mentionnés. De multiples opérations seront considérées comme une seule opération même si elles n'ont manifestement aucun lien entre elles.

### Approbation ministérielle

À l'exception de ce qui est indiqué ci-dessous, l'investissement qui est assujetti à l'obligation de déposer une demande d'examen ne peut pas être réalisé tant que le ministre n'a pas rendu, ou n'est pas réputé avoir rendu, une décision quant à l'avantage net pour le Canada. Dès que le ministre reçoit une requête lui demandant d'approuver une opération projetée, il doit aviser le demandeur, dans les 45 jours, qu'il est convaincu, ou n'est pas convaincu, que l'investissement représentera un avantage net pour le Canada. Si le ministre n'est pas en mesure de rendre sa décision dans ce délai, il peut le prolonger de 30 jours (ou d'une période plus longue convenue avec l'investisseur). S'il n'envoie aucun avis dans les délais prescrits, le ministre sera réputé être convaincu que l'investissement représentera un avantage net pour le Canada.

Il y a des exceptions à la règle générale voulant qu'un investissement sujet à examen puisse être réalisé seulement lorsque le ministre a déterminé, ou est réputé avoir déterminé, qu'il représente un avantage net pour le Canada :

- lorsque le ministre estime que le fait d'attendre la fin de l'examen pour mettre en œuvre l'investissement causera un préjudice injustifié au non-Canadien ou mettra en péril les activités de l'entreprise canadienne visée;
- dans le cas d'une acquisition indirecte (l'acquisition d'une entreprise canadienne par l'achat d'une société par actions constituée ailleurs qu'au Canada);
- dans le cas de l'acquisition d'une entreprise exerçant une activité figurant sur la liste prescrite d'activités se rapportant à l'identité nationale ou au patrimoine culturel du Canada, lorsque le cabinet fédéral a décidé qu'il est dans l'intérêt public d'examiner l'acquisition même si elle est en deçà du seuil exigeant un examen.

Relativement à ces types d'investissements, l'examen peut se faire après qu'ils ont été faits, mais ils demeurent soumis à la règle de l'avantage net pour le Canada. Si l'opération ne satisfait pas à cette règle, elle n'est pas approuvée.

En dernier lieu, il arrive couramment que le ministre exige que l'investisseur fournisse des engagements légalement exécutoires, en contrepartie de quoi il rendra

une décision favorable. Ces conditions, qui varient d'une opération à l'autre compte tenu des faits en cause, peuvent comprendre des engagements à maintenir un certain niveau d'emploi au Canada, à nommer un certain nombre de Canadiens à des postes d'administrateurs ou de hauts dirigeants et à consacrer un montant minimum en dépenses en immobilisations au pays.

### Dans quelles circonstances un investissement sera-t-il « vraisemblablement à l'avantage net du Canada »?

Pour qu'un investissement soit considéré comme « vraisemblablement à l'avantage net du Canada », il suffit de démontrer qu'il produira vraisemblablement, dans l'ensemble, un certain avantage net pour le Canada. Lorsqu'il rend sa décision, le ministre tient compte des facteurs suivants :

- l'effet de l'investissement sur le niveau et la nature de l'activité économique au Canada;
- le niveau et l'importance de la participation de Canadiens dans l'entreprise canadienne et le secteur industriel canadien concerné;
- l'effet de l'investissement sur la productivité, le rendement industriel, le progrès technologique, la création de produits nouveaux et la diversité des produits au Canada;
- l'effet de l'investissement sur la concurrence au sein d'un secteur industriel au Canada;
- la compatibilité de l'investissement avec les politiques nationales en matière industrielle, économique et culturelle;
- l'effet de l'investissement sur la capacité du Canada à être compétitif sur les marchés mondiaux.

Le ministre consultera toutes les autorités provinciales susceptibles d'être touchées par l'investissement projeté et il peut aussi sonder d'autres ministères fédéraux qui ont de l'expérience des questions prises en compte dans la détermination de l'avantage net ou qui détiennent un pouvoir général sur ces questions (notamment le Bureau de la concurrence, l'Office des transports du Canada ou le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes). Le ministre ne rendra généralement pas sa décision sur l'avantage net sans avoir au préalable examiné les données provenant des ministères et des organismes fédéraux ainsi que des provinces concernés.

### Investissements d'entreprises d'État étrangères

Les investissements de la part d'entreprises d'État étrangères sont une autre exception au seuil supérieur. L'acquisition directe du contrôle d'une entreprise canadienne par un investisseur OMC qui est une entreprise d'État étrangère est sujette à examen si la valeur comptable de l'actif de l'entreprise canadienne visée

dépasse 375 millions de dollars en 2016 (seuil indexé chaque année en fonction de la croissance du PIB nominal).

La LIC donne un sens très large à l'entreprise d'État. Les entreprises d'État comprennent les gouvernements d'États étrangers, les unités contrôlées ou influencées, directement ou indirectement, par ces États, ainsi que les individus qui agissent sous l'autorité d'un gouvernement ou d'un organisme étranger ou sous leur influence, directe ou indirecte. Le ministre de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique a aussi le pouvoir de déterminer que l'acquisition du contrôle minoritaire par une entreprise d'État étrangère peut constituer une acquisition de contrôle. Les nouveaux formulaires d'avis introduits en 2015 demandent davantage de renseignements qui permettent d'évaluer le contrôle, l'autorité ou l'influence de l'entreprise d'État étrangère.

En 2007, le gouvernement du Canada a publié un document intitulé *Lignes directrices sur les investissements au Canada par des entreprises d'État étrangères — évaluation des avantages nets* (les « lignes directrices sur les investissements »). En plus des facteurs que le ministre étudie habituellement avant de décider d'approuver les investissements sujets à examen (comme l'incidence de l'opération sur l'emploi, les dépenses en immobilisations, la participation de Canadiens à la haute direction), les lignes directrices sur les investissements citent « la gouvernance et l'orientation commerciale des entreprises d'État » comme étant les considérations sur lesquelles portera surtout son examen.

Les lignes directrices sur les investissements stipulent que le ministre doit déterminer si les sociétés d'État étrangères (les « SE ») respectent les normes canadiennes en matière de gouvernance d'entreprise, comme les engagements en vue de promouvoir la transparence et la divulgation d'information, l'indépendance des administrateurs, les comités d'audit et le traitement équitable des actionnaires ainsi que la conformité aux lois et pratiques canadiennes. Le ministre prendra également en compte la manière dont l'investisseur est détenu en propriété ou contrôlé par un État et l'ampleur de cette emprise. Par exemple, l'État joue-t-il (s'il y a lieu) un rôle direct dans l'exploitation de la SE?

Le ministre étudiera soigneusement l'orientation commerciale de la SE relativement à la gestion éventuelle de l'entreprise cible, plus particulièrement en ce qui concerne les éléments suivants : « où exporter; où transformer; la participation de Canadiens à ses activités au Canada et ailleurs; le soutien de l'innovation, de la recherche et du développement en cours; le niveau de dépenses d'immobilisations permettant de maintenir la société canadienne dans une position concurrentielle à l'échelle mondiale ». Le gouvernement a notamment comme principale préoccupation d'empêcher les États étrangers d'acheter des « ressources stratégiques » de sorte qu'ils aient une position dominante sur le marché ou qu'ils n'offrent pas de produits aux consommateurs canadiens et qu'ils canalisent simplement les ressources vers leur pays d'origine. Le gouvernement peut également s'inquiéter du fait qu'en l'absence d'exploitation de ressources, l'investissement projeté réduise le niveau de l'activité économique au Canada.

Finalement, les lignes directrices sur les investissements décrivent les types d'engagements ou d'initiatives exécutoires qu'une EE peut être tenue de fournir ou d'assurer pour satisfaire au critère de « l'avantage net », notamment la nomination de Canadiens comme administrateurs indépendants, l'embauche de Canadiens dans des postes cadres, la constitution de l'entreprise cible au Canada et l'inscription des actions de la société acquéresse ou de l'entreprise canadienne cible à la cote d'une bourse canadienne.

### **Processus d'« examen relatif à la sécurité nationale »**

En 2009, la LIC a été modifiée pour y ajouter un nouveau processus d'examen relatif à la sécurité nationale en sus du processus d'examen de l'investissement existant. Les dispositions applicables à cet examen permettent au ministre de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique d'analyser un investissement lorsqu'il a des « motifs raisonnables » de croire que l'investissement « est susceptible de porter atteinte à la sécurité nationale ».

L'examen relatif à la sécurité nationale pourrait s'appliquer à l'établissement d'une nouvelle entreprise canadienne, à l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne ou à l'acquisition, en tout ou partie, d'une entité qui exerce la totalité ou une partie de ses activités au Canada et qui remplit les conditions suivantes : elle possède un établissement au Canada; elle emploie au Canada au moins un individu travaillant à son compte ou contre rémunération dans le cadre de son exploitation; elle dispose d'actifs au Canada pour son exploitation. De plus, contrairement aux dispositions relatives à l'examen de l'investissement de la LIC, l'examen relatif à la sécurité nationale s'applique non seulement à l'établissement ou à l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne, mais également aux investissements minoritaires dans de telles entreprises, quel qu'en soit le montant (les investissements dans des cibles dont la valeur d'entreprise est peu élevée peuvent aussi être sujets à examen).

Il règne une certaine incertitude quant à l'étendue éventuelle de l'examen relatif à la sécurité nationale, car la LIC ne définit pas ce qu'elle entend par « sécurité nationale ». Si, après l'examen et des consultations avec le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, le ministre de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique croit qu'un investissement menace la sécurité nationale, celui-ci sera alors renvoyé au gouverneur en conseil (c.-à-d. le cabinet fédéral<sup>3</sup>). Le cabinet fédéral a le pouvoir d'interdire la clôture de l'investissement, d'autoriser l'investissement à condition que l'investisseur non canadien prenne des engagements par écrit envers le gouvernement ou effectue l'investissement aux conditions énoncées dans le décret ou d'exiger le dessaisissement de l'entreprise canadienne.

---

<sup>3</sup> Par « Cabinet », on entend le premier ministre et les autres politiciens qui constituent le pouvoir exécutif du gouvernement aux termes du régime parlementaire canadien. Au Canada, contrairement aux États-Unis, les membres du cabinet sont habituellement appelés « ministres » et non « secrétaires » et ils sont aussi des législateurs (à titre de membres du Parlement (« MP ») ou, parfois, de sénateurs). Chaque province canadienne a un régime politique similaire.



Les délais applicables à l'examen relatif à la sécurité nationale sont prescrits par règlement et peuvent retarder considérablement le processus d'obtention des approbations réglementaires requises. Si les périodes maximales prévues par la réglementation sont pleinement utilisées, l'examen peut prendre 130 jours ou plus (en présumant qu'un avis d'examen éventuel a été délivré).

Étant donné que l'examen relatif à la sécurité nationale n'exige aucun avis avant la clôture si l'approbation ministérielle n'est pas requise avant celle-ci, il se peut qu'un investisseur apprenne par un avis du ministre que l'opération est sujette à l'examen relatif à la sécurité nationale. Toutefois, même si un avis n'est pas requis avant la clôture, l'investisseur peut décider de déposer cet avis avant la clôture pour déclencher la période de 45 jours au cours de laquelle le ministre de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique doit décider si un examen aura ou pourra avoir lieu en vertu de la réglementation.

## **Opérations devant faire l'objet d'un avis**

### **Généralités**

Comme nous l'avons mentionné précédemment, plusieurs opérations sont exclues du processus d'examen de l'investissement prévu par la LIC, mais la plupart d'entre elles doivent faire l'objet d'un avis. Par exemple, les acquisitions d'entreprises non canadiennes qui ne satisfont pas aux seuils décrits à la page A9 doivent néanmoins être signalées à Investissement Canada dans les 30 jours de l'investissement en question. Les non-Canadiens qui établissent de nouvelles entreprises au Canada doivent faire la même chose, sauf si la nouvelle entreprise est « liée » à leur entreprise existante. Aucun avis n'est requis si l'investissement a pour but d'accroître l'entreprise existante d'un non-Canadien. Cependant, si cet accroissement des activités de l'entreprise liée est réputé se rapporter au patrimoine culturel ou à l'identité nationale du Canada, il sera assujéti au préavis et susceptible d'être examiné.

Lorsque l'avis est donné dans la forme prescrite, l'investissement peut être réalisé sans autre intervention gouvernementale.

### **Entreprises culturelles**

Tout investissement dans une entreprise liée au patrimoine culturel ou à l'identité nationale du Canada peut être examiné sur ordre du cabinet fédéral même s'il ne remplit pas les conditions d'examen habituelles. Pour de plus amples renseignements à ce sujet, voir la page A15.

Le cabinet fédéral a 21 jours suivant l'avis de cet investissement pour décider si un examen aura lieu et en aviser l'investisseur.

## Sécurité nationale

Tout investissement qui soulève des préoccupations au niveau de la sécurité nationale peut faire l'objet d'un examen si le ministre considère, après avoir consulté le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, qu'il peut porter atteinte à la sécurité nationale, et que le cabinet fédéral, sur la recommandation du ministre, ordonne l'examen de l'investissement. Pour de plus amples renseignements à ce sujet, voir la page A15.

## Sanctions

La LIC prévoit que si le ministre croit qu'un investisseur non canadien a enfreint les dispositions de cette loi, il peut le mettre en demeure de s'y conformer. Si l'investisseur n'obtempère pas, le ministre peut s'adresser à un tribunal qui imposera des sanctions, notamment (dans le pire des cas) une amende et la dissolution ou le dessaisissement possible des opérations non approuvées.

## Autres restrictions sur la propriété étrangère

De nombreux autres règlements et lois au niveau provincial et fédéral peuvent toucher une opération de fusion et d'acquisition mettant en cause des investisseurs étrangers, soit comme des lois d'application générale ou une loi particulière. La législation régissant l'emploi et l'environnement suscite souvent des préoccupations importantes, par exemple. En sus de ces préoccupations générales, on trouve également des dispositions dans les lois provinciales et fédérales qui peuvent restreindre expressément la capacité d'entités non canadiennes à acquérir une entreprise canadienne. Étant donné que ces dispositions sont trop nombreuses pour être abordées en détail, nous en avons choisi quelques-unes.

### Limites sur la propriété étrangère dans des secteurs commerciaux précis

Ainsi, la *Loi sur les télécommunications*, la *Loi sur la radiodiffusion*, la *Loi sur les banques* et la *Loi sur les sociétés d'assurances*, de compétence fédérale, imposent certaines restrictions sur la propriété étrangère dans ces secteurs. Les lois provinciales, telles la *Loi sur les distributeurs de livres brochés et de périodiques* et la *Loi sur les courtiers en hypothèques* de l'Ontario ou la *Loi sur le cinéma* du Québec, peuvent contenir des interdictions ou des restrictions concernant la pratique de certaines activités commerciales ou l'exploitation de certains types d'entreprises par des non-Canadiens ou des non-résidents de la province.

### Limites sur la propriété étrangère de certaines entreprises

Certaines entreprises canadiennes exercent leurs activités sous le régime d'une loi particulière, qui restreint leur niveau de propriété ou de contrôle par des non-Canadiens, notamment la loi fédérale intitulée *Loi sur la participation publique au*

*capital d'Air Canada*. Ces restrictions visent généralement des entreprises qui ont été privatisées après avoir été détenues par l'État.

### **Restrictions sur les mesures d'encouragement offertes à certaines entreprises**

La possibilité qu'une société canadienne perde ses précieuses mesures d'encouragement au développement économique offertes par le gouvernement si sa propriété devait passer aux mains d'une société étrangère est un autre point à considérer dans le cadre d'un investissement étranger. La *Loi sur le programme d'encouragement du secteur pétrolier* du fédéral en est un exemple.

### **Restrictions sur la propriété de terres par des étrangers ou des non-résidents**

Certaines provinces régissent la vente de terres à des non-Canadiens ou à des non-résidents. L'exemple le plus connu est la *Lands Protection Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, qui interdit aux non-résidents de cette province d'y être propriétaires de plus de cinq acres de terres.

# À propos du cabinet

---

Quand Heward Stikeman et Fraser Elliott lancent le cabinet en 1952, ils sont unis par leur promesse de faire les choses autrement pour aider les clients à atteindre leurs objectifs d'affaires.

En fait, ils en font leur mission pour n'offrir que les conseils de la plus haute qualité ainsi que les services les plus efficaces et les plus innovants de façon à constamment aller au-devant des visées de nos clients.

Le leadership, la prédominance et la renommée de Stikeman Elliott n'ont cessé de croître au Canada comme partout au monde. Cependant, nous sommes restés fidèles à nos valeurs fondamentales.

Ces valeurs constituent ce qui nous guide chaque jour et comprennent :

- Faire équipe avec nos clients – nos objectifs communs assurent notre réussite mutuelle.
- Trouver des solutions originales là où d'autres ne peuvent en trouver – tout en étant aussi ancrées dans la réalité du monde des affaires.
- Procurer aux clients une vaste expertise juridique – pour des conseils clairs et proactifs.
- Demeurer passionnés par ce que nous faisons – nous adorons le processus et la performance que le travail d'équipe propulse.

Un engagement envers la poursuite de l'excellence – aujourd'hui, demain et pour les décennies à venir – c'est ce qui distingue Stikeman Elliott lorsqu'il s'agit d'élaborer un parcours réalisable pour traverser des problèmes complexes. Notre dévouement et notre dépassement sont inébranlables.

C'est ce qui fait de Stikeman Elliott le cabinet vers lequel le monde se tourne lorsque l'enjeu est de taille.

## Montréal

1155 boul. René-Lévesque O.  
41<sup>e</sup> étage  
Montréal, QC, Canada H3B 3V2  
Tél : 514 397 3000

## Toronto

5300 Commerce Court West  
199 Bay Street  
Toronto, ON, Canada M5L 1B9  
Tél : 416 869 5500

## Ottawa

Suite 1600  
50 rue O'Connor  
Ottawa, ON, Canada K1P 6L2  
Tél : 613 234 4555

## Calgary

4300 Bankers Hall West  
888 - 3rd Street S.W.  
Calgary, AB, Canada T2P 5C5  
Tél : 403 266 9000

## Vancouver

Suite 1700, Park Place  
666 Burrard Street  
Vancouver, BC, Canada V6C 2X8  
Tél : 604 631 1300

## New York

445 Park Avenue, 7th Floor  
New York, NY USA 10022  
Tél : 212 371 8855

## Londres

Dauntsey House  
4B Frederick's Place  
London EC2R 8AB  
Tél : 44 (0) 20 7367 0150

## Sydney

Level 24  
Three International Towers  
300 Barangaroo Avenue  
Sydney, NSW 2000  
Tél : +61 (2) 8067 8578

Suivez-nous



 [Abonnez-vous](#) aux publications sur des sujets juridiques clés provenant de la section Notre savoir de Stikeman Elliott.

## Stikeman Elliott

---