

3 FÉVRIER 2023

Droit canadien de l'investissement étranger en 2023 : la sécurité nationale revêt (toujours) une importance capitale

Auteurs : [Mark Katz](#), [Jim Dinning](#) et [Teraleigh Stevenson](#)

Dans la présente mise à jour annuelle sur le droit canadien de l'investissement étranger, nous nous penchons sur l'actualité de la dernière année, notamment les modifications proposées à la *Loi sur l'investissement Canada* (la « LIC ») et les nouvelles politiques du gouvernement sur le traitement de certaines catégories d'investissements en particulier. Nous examinons également la façon dont ces tendances influenceront l'application de la loi au cours de l'année à venir. Il ressort de notre examen que les questions de sécurité nationale continueront d'être au centre de l'application de la LIC, car le gouvernement canadien durcit le ton à l'égard des investisseurs d'État ou soumis à l'influence d'un État, en particulier dans certains secteurs de l'économie.

État actuel des examens d'investissements étrangers au Canada

Le mécanisme d'examen de la LIC se décline en deux volets. Dans le cadre du processus d'examen de l'« avantage net », l'investisseur non canadien qui souhaite acquérir le contrôle d'une entreprise canadienne dont la valeur dépasse les seuils applicables doit présenter une demande en vue d'obtenir l'approbation du gouvernement. Si la valeur est inférieure aux seuils prévus par règlement, l'investisseur est tenu uniquement de déposer un avis d'investissement avant la clôture ou dans les 30 jours qui la suivent. Une obligation semblable relativement au dépôt d'un avis s'applique à la constitution d'une nouvelle entreprise au Canada par un investisseur étranger.

Le processus d'examen relatif à la « sécurité nationale » s'applique à tous les investissements étrangers, y compris ceux qui ne sont pas assujettis à l'examen de l'avantage net comme les acquisitions de participations minoritaires dans des entreprises canadiennes. La LIC permet au gouvernement canadien d'intervenir dans tout investissement qui, selon lui, « porte atteinte » à la sécurité nationale du Canada.

Comme il est expliqué en détail dans notre [article publié précédemment](#) sur ce sujet, le Rapport annuel 2021-2022 du gouvernement du Canada sur les examens des investissements étrangers non culturels réalisés aux termes de la LIC (qui couvre la période allant du 1^{er} avril 2021 au 31 mars 2022) permet de dégager trois grandes tendances à l'égard des examens des investissements étrangers au Canada : i) le nombre de dépôts (y compris les avis d'investissement et les demandes d'examen de l'avantage net) est de nouveau égal (ou supérieur) aux niveaux pré-pandémiques, ii) le nombre de demandes d'examen de l'avantage net demeure comparativement peu élevé (contrairement aux avis d'investissement) et iii) le processus d'examen relatif à la sécurité nationale continue de gagner en importance et retient de plus en plus l'attention.

Rétablissement du nombre de dépôts

Pendant la période 2021-2022, le nombre de dépôts liés aux investissements en vue de la constitution ou de l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne (non culturelle) a atteint le plus haut niveau jamais enregistré. Dans l'ensemble, les investisseurs étrangers ont effectué 1 255 dépôts au titre de la LIC, soit une augmentation de 52 % comparativement aux 826 dépôts de la période 2020-2021 (pendant laquelle les flux d'investissement mondiaux étaient toujours sous l'effet de la pandémie de COVID-19) et une augmentation (d'environ 22 %) par rapport à l'année précédant la pandémie (1 023 dépôts avaient été effectués au cours de la période 2019-2020).

Un nombre peu élevé de demandes d'examen

Bien que le nombre de dépôts liés aux acquisitions de contrôle d'entreprises canadiennes (non culturelles) ait atteint un niveau record au cours de la période 2021-2022, seuls huit de ces dépôts concernaient des demandes d'examen dans le cadre desquelles le gouvernement devait donner son approbation. Le reste des dépôts (soit 1 247 dépôts) concernaient des avis d'investissement

relativement auxquels aucune approbation n'était requise. Le nombre peu élevé de demandes d'examen comparativement aux autres dépôts est attribuable aux effets cumulés des augmentations des seuils financiers applicables depuis 2009, qui ont fait en sorte que les demandes d'examen ne représentaient plus que 0,72 % de tous les dépôts au cours de la période 2021-2022.

Prépondérance des examens relatifs à la sécurité nationale

Si le nombre de demandes d'examen aux termes des dispositions sur l'avantage net demeure peu élevé, les considérations liées à la sécurité nationale occupent toujours une place prépondérante dans le cadre des examens approfondis du gouvernement du Canada portant sur les investissements des investisseurs non canadiens.

Au cours de la période 2021-2022, 12 investissements au Canada par des investisseurs non canadiens ont fait l'objet d'un examen officiel relatif à la sécurité nationale, soit le plus haut niveau jamais enregistré. Sept de ces investissements ont pu procéder sans condition à l'issue de l'examen, quatre ont été abandonnés après le début de l'examen officiel et un examen est en cours de réalisation, mais on ne connaît toujours pas le résultat.

Douze autres investissements ont fait l'objet d'un processus de vérification initiale prolongé (90 jours), sans toutefois être soumis à un examen officiel. De ces douze investissements, neuf ont pu procéder sans condition et sans être soumis à un examen officiel et trois ont été abandonnés après que l'investisseur a été informé qu'un examen officiel pourrait être entrepris.

Le pays d'origine des investisseurs non canadiens demeure un facteur important du processus d'examen relatif à la sécurité nationale. Au cours de la période 2021-2022, des investisseurs chinois (six) et russes (quatre) étaient à l'origine de 10 des 12 investissements ayant fait l'objet d'un examen officiel relatif à la sécurité nationale.

Il convient aussi de se pencher sur les secteurs industriels ayant fait l'objet d'un examen. Si certains secteurs étaient de toute évidence liés à d'éventuels problèmes de sécurité nationale, notamment l'extraction de minerais métalliques, le traitement des données, la conception de systèmes informatiques et les services de recherche et de développement scientifiques, d'autres l'étaient moins (par exemple, les épiceries, les services de taxi et de limousine, et les « établissements d'enseignement et de formation »). Cette diversité de secteurs fait ressortir le caractère discrétionnaire et parfois même imprévisible du processus d'examen relatif à la sécurité nationale aux termes de la LIC.

Enfin, il ne fait aucun doute que le gouvernement est disposé à effectuer un examen officiel relatif à la sécurité nationale même si une acquisition de contrôle n'est pas en jeu. Au cours de la période 2021-2022, des opérations portant sur l'acquisition de participations minoritaires et la constitution de nouvelles entreprises (cette dernière catégorie représentant un tiers des examens) ont fait partie des investissements soumis à un examen relatif à la sécurité nationale.

Des mesures plus strictes en faveur de la sécurité nationale sont à prévoir

La place importante que continuent d'occuper les examens relatifs à la sécurité nationale aux termes de la LIC montre que le gouvernement canadien actuel est de plus en plus soucieux de l'action des forces géopolitiques sur le Canada, et tout particulièrement des tensions grandissantes entre l'Occident, d'une part, et les gouvernements chinois et russe, d'autre part.

Lorsque le gouvernement libéral en place a pris le pouvoir en 2015, ses positions sur les questions de sécurité nationale étaient beaucoup plus modérées que celles du précédent gouvernement conservateur. Encore récemment, au début de 2022, des questions ont été soulevées quant au sérieux avec lequel le gouvernement traitait les questions de sécurité nationale, après que celui-ci eût permis à une compagnie minière chinoise d'acquérir une société canadienne qui possédait des actifs dans le secteur du lithium.

Toutefois, les forces géopolitiques et la pression exercée par les alliés ont conduit à un changement significatif de l'attitude du gouvernement canadien à l'égard de la sécurité nationale. Cette évolution se manifeste dans diverses initiatives politiques qui ne se limitent pas à la LIC, comme la nouvelle [Stratégie du Canada pour l'Indo-Pacifique](#) annoncée le 27 novembre 2022 et la nouvelle [Stratégie canadienne sur les minéraux critiques](#) publiée le 9 décembre 2022. Ces deux politiques renferment des affirmations passablement directes concernant les menaces à la sécurité nationale que posent les pays « hostiles » aux vues divergentes et des engagements en

vue d'agir « de manière décisive » lorsque des investissements d'entreprises d'État et d'autres entités étrangères semblent menacer la sécurité nationale.

Pour ce qui est de la LIC en particulier, le gouvernement canadien a publié dans la dernière année des politiques plus strictes régissant certaines catégories d'investissements et d'investisseurs et il a présenté des propositions de modifications importantes à la LIC. Ces initiatives sont résumées dans les paragraphes qui suivent.

Nouvelle politique concernant les investisseurs russes

Le 8 mars 2022, dans la foulée de l'invasion russe en Ukraine, le gouvernement a publié un énoncé de politique concernant l'examen des investissements effectués par les investisseurs russes au Canada. La politique prévoit que les investissements directs ou indirects des investisseurs russes (liés ou non au gouvernement de la Russie) qui sont assujettis à un examen de l'avantage net aux termes de la LIC ne seront approuvés qu'à « titre exceptionnel ». En outre, tout investissement qui « a des liens, directs ou indirects, avec un particulier ou une entité associée à l'État russe, contrôlé par ce dernier ou soumis à son influence », justifiera la tenue d'un examen exhaustif et officiel relatif à la sécurité nationale aux termes de la LIC.

Nouvelle politique concernant les investissements dans le secteur des minéraux critiques

En octobre 2022, le gouvernement a annoncé une nouvelle politique qui encadre les investissements effectués par des entreprises d'État dans le secteur des minéraux critiques du Canada. Compte tenu de l'importance stratégique des minéraux critiques, la politique prévoit que les demandes d'examen de l'avantage net qui concernent des investissements dans le secteur des minéraux critiques du Canada par des entreprises d'État étrangères ou des « investisseurs privés influencés par des États étrangers » ne seront approuvées qu'à « titre exceptionnel ». Les investisseurs privés influencés par des États étrangers sont des investisseurs privés « étroitement liés à des gouvernements étrangers, soumis à leur influence ou susceptibles d'être contraints de se conformer à des directives extrajudiciaires de la part de gouvernements étrangers ». En outre, la politique énonce que la participation d'entreprises d'État étrangères ou d'investisseurs privés influencés par des États étrangers à un investissement visant des minéraux critiques étayerait la conclusion selon laquelle il existe des motifs raisonnables de croire que l'investissement est susceptible de porter atteinte à la sécurité nationale du Canada. Peu après la publication de la politique, le gouvernement a annoncé qu'il avait ordonné à trois compagnies minières chinoises de se départir des participations minoritaires qu'elles avaient acquises dans des sociétés canadiennes du secteur des minéraux critiques (pour en savoir plus concernant les implications de cette nouvelle politique, veuillez consulter notre article publié précédemment).

Propositions de modifications à la LIC

Le 7 décembre 2022, le gouvernement fédéral a présenté le *Projet de loi C-34, Loi sur la modernisation de l'examen des investissements relativement à la sécurité nationale* (le « Projet de loi C-34 »), qui renferme des propositions de modifications concernant le processus d'examen relatif à la sécurité nationale aux termes de la LIC (pour en savoir plus sur les propositions de modifications, veuillez consulter notre article publié précédemment).

La principale modification mise de l'avant dans le Projet de loi C-34 vise à établir un nouveau régime de dépôt préalable à la clôture concernant les investissements dans des secteurs prescrits (mais indéterminés pour le moment). Plus particulièrement, les investisseurs non canadiens dans des sociétés canadiennes, nouvelles ou existantes, actives dans les secteurs prescrits devront déposer un avis préalable à la clôture de leurs investissements et ne pourront pas les mettre en œuvre avant que le délai prescrit par la loi pour réaliser l'examen soit écoulé ou qu'il y soit mis fin. Il convient de noter que l'exigence proposée de dépôt d'un avis s'appliquera aux investissements directs et indirects dans les secteurs prescrits et, dans certaines circonstances, aux investissements visant une prise de participation ne donnant pas le contrôle d'une société canadienne. Les investisseurs non canadiens qui ne respectent pas l'obligation de dépôt préalable à la clôture encourraient une pénalité pouvant aller jusqu'à 500 000 \$.

Voici certaines autres propositions de modifications prévues dans le Projet de loi C-34 :

- l'élargissement des pouvoirs administratifs du ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie (le « ministre »), notamment un nouveau pouvoir l'autorisant à imposer unilatéralement des conditions provisoires à l'égard d'un investisseur non canadien au cours

d'un processus d'examen relatif à la sécurité nationale et la capacité d'accepter des engagements de la part d'un investisseur non canadien;

- l'augmentation de la sanction pécuniaire maximale, qui passerait de 10 000 \$ par jour à 25 000 \$ par jour, en cas de contravention à la LIC;
- l'amélioration de la capacité du gouvernement à communiquer des renseignements obtenus dans le cadre d'un processus d'examen des investissements étrangers aux autorités d'États étrangers, sous réserve des impératifs de « confidentialité ou autres »; et
- la protection de renseignements de nature délicate (par exemple, les renseignements de sécurité classifiés) sur lesquels le gouvernement pourrait s'appuyer dans le cadre de procédures judiciaires découlant de l'application de la LIC. Il faut savoir aussi que les renseignements réputés délicats pourraient être utilisés et pris en considération par un juge, mais ils ne seraient communiqués à l'investisseur non canadien que sous forme de résumé.

Il semble que le Projet de loi C-34 et les règlements connexes n'entreront pas en vigueur avant le dernier semestre de 2023. Il faudra répondre à différentes questions importantes au fur et à mesure que le Projet de loi C-34 franchira les étapes du processus législatif. Il est surtout nécessaire :

- de définir les secteurs prescrits qui seront assujettis au nouveau régime d'avis obligatoire;
- de préciser les investissements dans des participations minoritaires qui seront visés par le nouveau régime d'avis obligatoire (c'est-à-dire déterminer les règles d'exonération ou les seuils minimums en deçà desquels il ne sera pas obligatoire de déposer un avis);
- d'établir les aspects administratifs du dépôt et du processus d'examen (par exemple, les renseignements qui doivent être fournis et la possibilité de mettre fin à toute période d'attente).

Les effets du Projet de loi C-34 se font déjà sentir. Par exemple, comme il est difficile de savoir quand le régime entrera en vigueur, les investisseurs dans des secteurs potentiellement sensibles qui prévoient effectuer une opération doivent d'ores et déjà tenir compte du risque que l'opération soit visée par le régime proposé d'avis obligatoire lorsqu'il entrera en vigueur et de l'incidence potentielle sur leurs plans et la certitude qu'ils se réalisent.

Autres faits nouveaux

Dépôts volontaires pour les investissements dans des participations minoritaires

Les modifications au *Règlement sur les investissements susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale (examen)* (le « Règlement ») pris en application de la LIC sont entrées en vigueur le 2 août 2022. Ces modifications visent à établir un nouveau mécanisme de dépôt volontaire permettant d'obtenir une autorisation préalable à l'égard d'investissements qui ne sont pas visés par les exigences de dépôt obligatoire en vigueur (par exemple, les acquisitions de participations minoritaires). Ainsi, les investisseurs non canadiens qui ne sont pas tenus de procéder à un dépôt aux termes de la LIC peuvent choisir de fournir de façon volontaire les renseignements prescrits s'ils veulent savoir à quoi s'en tenir (en particulier avant la clôture) quant à la possibilité que leur investissement soit soumis à un examen relatif à la sécurité nationale. À la suite de l'envoi de tous les renseignements prescrits, le ministre dispose d'abord de 45 jours pour déterminer si un examen relatif à la sécurité nationale aura lieu (et il peut prolonger cette période de 45 jours).

Il y a lieu de noter que les modifications prolongent également de manière substantielle la période postérieure à la clôture pendant laquelle demeure sujet à examen tout investissement pour lequel l'investisseur non canadien a choisi de ne pas utiliser l'option de dépôt volontaire. Selon le règlement révisé, le ministre peut entreprendre un examen relatif à la sécurité nationale jusqu'à cinq ans après que l'investissement a été effectué. La possibilité d'être exposé au risque d'un examen pendant une période aussi longue a pour but d'inciter les investisseurs à déclarer des opérations qu'ils auraient autrement décidé de ne jamais révéler au gouvernement.

Les investisseurs non canadiens devront désormais tenir compte du nouveau régime de dépôt volontaire dans leur évaluation des incidences de l'application de la LIC aux acquisitions de participations minoritaires dans des entreprises canadiennes. Dans les cas où la sécurité nationale pourrait être en jeu, les modifications prévoient un mécanisme utile permettant de rassurer les investisseurs avant la

clôture, ce qui n'était pas le cas auparavant. Cependant, même dans les cas d'investissements ne présentant de prime abord aucun enjeu de sécurité nationale, certains investisseurs pourraient choisir d'effectuer le dépôt volontaire prévu dans le Règlement plutôt que d'être exposé pendant cinq ans au risque d'être soumis à un examen.

Plus grande transparence

En principe, le gouvernement fédéral ne fournit pas de renseignements sur les examens relatifs à la sécurité nationale aux termes de la LIC, à l'exception des données anonymisées et agrégées figurant dans le *rapport annuel*. Le gouvernement a récemment dérogé à la pratique établie en annonçant les décisions mentionnées précédemment, à savoir ordonner à trois compagnies minières chinoises de se départir de leurs participations minoritaires dans des sociétés canadiennes du secteur des minéraux critiques. Le gouvernement a ajouté qu'il publierait désormais des annonces similaires à l'égard des décisions définitives concernant un investissement refusé, devant être cédé ou autorisé moyennant des mesures d'atténuation.

La nouvelle approche du gouvernement donne suite à des plaintes récurrentes concernant le manque de transparence du processus d'examen relatif à la sécurité nationale aux termes de la LIC. En ce sens, il s'agit d'une évolution positive. Toutefois, les investisseurs étrangers et les entreprises canadiennes qui envisagent d'effectuer un investissement susceptible d'être soumis au processus d'examen relatif à la sécurité nationale aux termes de la LIC devront parer à l'éventualité que l'opération, et son échec possible à l'issue de l'examen relatif à la sécurité nationale, soient rendus publics à un moment ou à un autre. Il en va de même pour tout investisseur étranger qui crée au Canada une nouvelle entreprise au sujet de laquelle des questions de sécurité nationale pourraient être soulevées.

Perspectives pour 2023

Le gouvernement canadien a recentré ses positions sur la sécurité nationale, en alignant davantage ses politiques sur celles de ses principaux alliés, tant sur le plan géopolitique qu'au chapitre des politiques d'application de la loi. Par exemple, compte tenu de la proposition du gouvernement d'établir un régime de dépôt d'avis obligatoire préalable à la clôture des investissements dans certains secteurs sensibles, l'approche du Canada s'apparente davantage à celle des États-Unis et du Royaume-Uni.

Nous nous attendons à ce que la priorité continue d'être accordée à la sécurité nationale en 2023, surtout à mesure que les nouvelles politiques du gouvernement en matière de sécurité nationale seront mises en pratique et que les détails des changements proposés à la LIC seront précisés, et compte tenu du fait que rien ne permet de prédire avec certitude quand prendront fin les bouleversements géopolitiques actuels.

Nous nous attendons en outre à ce que la notion de sécurité nationale ne se limite plus aux préoccupations traditionnelles liées à l'espionnage, à la défense nationale et aux infrastructures essentielles, mais qu'elle englobe également les données personnelles de nature délicate, ainsi que les technologies et les produits stratégiques qui seront les moteurs de l'économie de l'avenir. Le document d'information du gouvernement sur le Projet de loi C-34 ne laisse planer aucun doute à cet égard dans sa description du rôle de la LIC en ce qui concerne la protection de la « sécurité économique » du Canada et l'atténuation des « menaces à la sécurité économique découlant des investissements étrangers ».

Bref, en 2023, le cadre législatif de la LIC en matière de sécurité nationale devrait encore donner lieu à de multiples rebondissements. Bien que la plupart des investissements étrangers au Canada ne soulèvent en fin de compte aucun problème de sécurité nationale, le champ d'application possible du cadre législatif continuera de s'élargir, ce qui est une raison de plus pour les investisseurs étrangers au Canada et leurs éventuels partenaires canadiens de continuer à faire preuve de diligence dans l'évaluation des implications potentielles de la LIC lors de la planification de leurs opérations.

Personnes-ressources : [John Bodrug](#), [Mark Katz](#), [Anita Banicevic](#), [Charles Tingley](#), [Elisa K. Kearney](#), [Jim Dinning](#) et [Alysha Manji-Knight](#)

Les renseignements et commentaires fournis aux présentes sont de nature générale et ne se veulent pas des conseils ou des opinions applicables à des cas particuliers. Nous invitons le lecteur qui souhaite obtenir des précisions sur l'application de la loi à des situations particulières à s'adresser à un conseiller professionnel.