



LE RÉGIME JURIDIQUE CANADIEN DE
L'INVESTISSEMENT DIRECT ÉTRANGER

HERVÉ A. PRINCE, LL.D.
PROF. AGRÉGÉ, FACULTÉ DE DROIT,
UDEM

Fondation du Barreau du Québec

Formation continue

13 décembre 2016- Maison du Barreau

INTRODUCTION

- 1- L'IDÉ: De quoi s'agit-il?
 - → La définition économique de l'IDÉ
 - → L'IDÉ en droit international économique
 - → L'IDÉ dans le contexte nord-américain (Ex. de l'ALÉNA)
 - → L'IDÉ dans le contexte canadien
- → L'objet du propos: L'IDÉ
- → Distinguer L'IDÉ des autres types d'investissements.

INTRODUCTION

- 2- IDÉ comme accélérateur de croissance et de gains de productivité, **mais** persistance de restrictions à l'IDÉ
 - → Limitation des participations étrangères
 - → Procédures de sélection des IDÉ
 - → Restrictions visant le personnel étranger
- Canada: Acquisitions de fleurons nationaux et crainte d'une perte d'indépendance économique.
 - → Prise de contrôle d'Alcan (Canada) par Rio Tinto (Anglo-australienne).
 - → Rachat d'ATI Technologie (Canada) par AMD (USA)...

INTRODUCTION

- Objectif visé par la Loi sur investissement Canada, L.R.C., 1985, ch.28 (1er suppl.): en succédant à la Loi sur l'examen de l'investissement étranger, la LIC veut miser sur l'ouverture.
- → Rompre avec la méfiance et la suspicion envers les investisseurs étrangers.
- → Reconnaître l'apport économique de l'IDÉ à l'économie nationale.
- → Construire un cadre juridique plus attractif pour l'IDÉ.
- Le régime juridique canadien de l'IDÉ repose sur deux piliers essentiels:
 - → La promotion de l'IDÉ (voir, APIE, ALÉ...)
 - → La maîtrise de l'admission de l'IDÉ

1- PORTÉE RATIONE PERSONAE DE LA LIC

- La LIC s'applique essentiellement aux non-Canadiens:

- Sont donc visées par la LIC (ART. 3):

- La personne physique étrangère.
- La personne morale étrangère (y compris un organisme privé ou public étranger.
- Une unité étrangère.

NB:

- La notion d'« unité » est entendue largement, incluant la personne morale, la coentreprise, une société de personnes ou une fiducie.
- La loi exclut le résident permanent admissible à demander la citoyenneté canadienne. Celui-ci est en effet assimilé à un Canadien.

2- LES MODES DE CONSTITUTION DE L'IDÉ AU CANADA

La LIC prévoit deux modes principaux pour constituer un IDÉ au Canada:

- **1- La création d'entreprise nouvelle par un non-Canadien.** Deux catégories d'entreprises sont visées:

- ♦ Une entreprise qu'un non-Canadien n'exploitait pas déjà au Canada et qui, lors de sa constitution, selon le cas:

→ N'est pas liée aux activités d'une autre entreprise que ce non-Canadien exploite au Canada.

→ Est liée à ces activités, mais fait partie d'un type précis d'activité commerciale [...], lié au patrimoine culturel du Canada ou à l'identité nationale».

2- LES MODES DE CONSTITUTION DE L'IDÉ AU CANADA

2- Les investissements constitués par un non-Canadien par acquisition de contrôle (art. 28).

→ L'acquisition de contrôle se fait, soit par:

- 1- ♦ acquisition d'actions avec droit de vote d'une entreprise canadienne;
- ♦ ou l'acquisition d'intérêts avec droit de vote d'une unité qui, soit, **exploite l'entreprise canadienne** soit **contrôle** directement ou indirectement une autre unité qui exploite cette entreprise canadienne.

2- LES MODES DE CONSTITUTION DE L'IDÉ AU CANADA

- 2- ◊ L'acquisition de la totalité ou quasi-totalité des actifs d'exploitation de l'entreprise canadienne.
- 3- ◊ L'acquisition d'intérêts avec droit de vote d'une unité qui contrôle directement ou indirectement une autre unité qui exploite l'entreprise canadienne, (sous réserve des dispositions prévues à l'article 28.(1) d) (i) et (ii).
- 4- ◊ (art. 29) L'acquisition de contrôle peut également se faire à la suite d'évènements ou d'opérations successifs qui n'ont aucun lien entre eux: On parle d'acquisition par étapes ou morcelée.
- Dans tous les cas,
- → l'investissement est effectif lorsque la nouvelle entreprise canadienne est constituée ou lorsque le contrôle de l'entreprise canadienne est acquis.

3- LES MODES D'ADMISSION DE L'IDÉ AU CANADA

Procédure d'admission des IDÉ au Canada:

→ Avis

→ Examen.

1- Avis d'investissement (art. 11)

L'investisseur étranger qui envisage de constituer une nouvelle entreprise canadienne ou qui acquiert le contrôle d'une entreprise canadienne, doit déposer auprès du directeur des investissements, une demande pour avis avant la constitution de l'investissement ou dans les 30 jours qui suivent.

Accusé de réception

Sont assujettis à l'avis:

- La constitution d'une nouvelle entreprise canadienne
- L'acquisition de contrôle non assujetti à la procédure d'examen.

3- LES MODES D'ADMISSION DE L'IDÉ AU CANADA

2- Investissements sujets à examen (art. 14)

- L'acquisition de contrôle dont la valeur de l'actif est égale ou supérieure à un certain seuil est soumise à examen (art. 14).
- - Investissements faisant l'objet d'avis, mais qui relèvent d'un type particulier d'activité commerciale et liés au patrimoine culturel du Canada ou à l'identité nationale selon le gouverneur en conseil (art. 15).
- - Investissements susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale (art. 25)

4- LES SEUILS DE DÉCLENCHEMENT DE LA PROCÉDURE D'EXAMEN

- Seuils déclencheurs (art. 14):
 - Investissements effectués par des investisseurs OMC du secteur privé:
 - le seuil déclencheur d'examen est fixé à 600 millions de \$ au titre de la valeur d'affaire pour les investissements visant l'acquisition directe du contrôle d'une entreprise canadienne.
 - Les seuils seront portés à 800 millions en 2017 et 1 milliard en 2019.
- Investissements faits par des investisseurs OMC qui sont des entreprises d'État:
 - Les seuils sont fixés à 375 millions de dollars en valeur des actifs pour les investissements visant l'acquisition directe du contrôle d'une entreprise canadienne.

4- LES SEUILS DE DÉCLENCHEMENT DE LA PROCÉDURE D'EXAMEN

- Investissements faits par des investisseurs non OMC et investissements dans des entreprises culturelles:
- Les seuils sont fixés à **5 millions** de dollars en valeur des actifs pour les investissements directs et de **50 millions** de dollars en valeur des actifs pour les transactions indirectes (acquisition d'une entreprise étrangère ayant des filiales au Canada).
- Les mêmes seuils s'appliquent aux investissements effectués par tous les investisseurs non canadiens souhaitant acquérir le contrôle d'une entreprise canadienne culturelle.
- Les acquisitions indirectes faites par des ressortissants membres de l'OMC ne font pas l'objet d'examen.
- Dans tous les cas où l'examen est requis, l'investissement ne peut être réalisé sans l'autorisation du ministre.

Le critère de l'avantage net pour le Canada (art. 21)

1- Les facteurs à prendre en considération sont fixés à l'article 20 de la LIC:

- ◊ L'effet de l'investissement sur le niveau et la nature de l'activité économique au Canada [...];
- ◊ L'étendue et l'importance de la participation de Canadiens dans l'entreprise canadienne[...];
- ◊ 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 dans un ou plusieurs secteurs industriels au Canada;
- ◊ La compatibilité de l'investissement avec les politiques nationales en matière industrielle, économique et culturelle[...];
- ◊ La contribution de l'investissement à la compétitivité canadienne sur les marchés mondiaux.

Quelques remarques

En théorie, le processus décisionnel se fait en plusieurs étapes tenant compte d'une série d'éléments, à savoir:

- L'examen de l'entreprise canadienne à acquérir, sa santé financière et ses perspectives;
- L'apport de l'IDÉ aux territoires concernés;
- Les effets négatifs et positifs de l'IDÉ sur chacun des facteurs énumérés;
- Examen des demandes des investisseurs concurrents pour la même entreprise canadienne.
- L'article 38 de la Loi donne au ministre le pouvoir d'établir des principes directeurs et des notes explicatives sur l'application et l'administration de la Loi ou de ses règlements.

Critère de l'avantage net pour le Canada- les délais

→ La Loi prévoit un délai de **45 jours** pour que le ministre communique à l'investisseur étranger qu'il est ou non d'avis que l'investissement sera à l'avantage net du Canada.

→ Ce délai peut être **prorogé** par le ministre lorsque celui-ci a des motifs raisonnables de croire que l'investissement pourrait porter atteinte à la sécurité nationale.

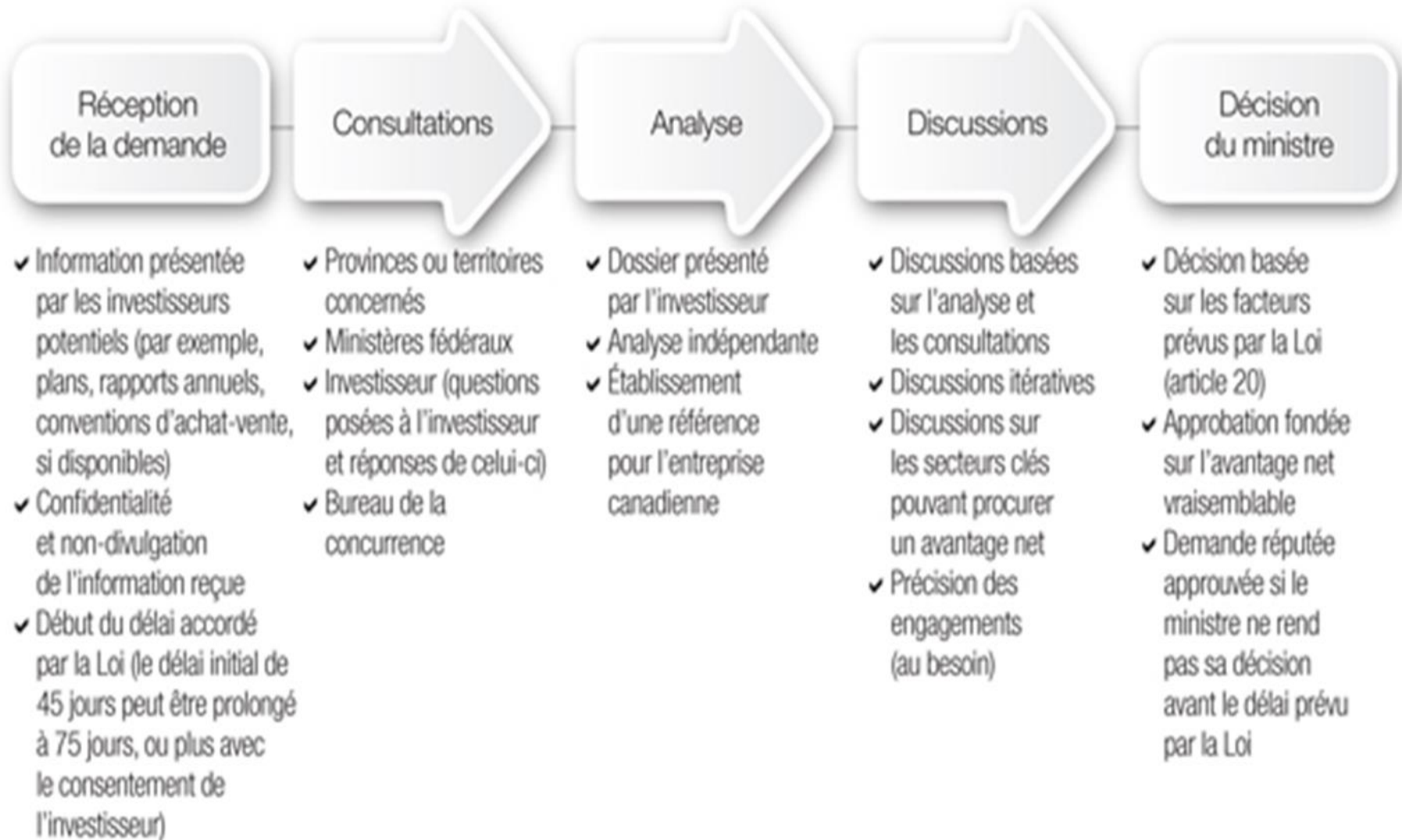
→ Le délai peut également être prorogé dans certaines circonstances expressément prévues par la LIC:

◇ EX: lorsqu'il estime ne pas pouvoir terminer l'examen de l'investissement (30 jrs).

Conséquences de la décision du ministre

- En cas d'avis favorable du ministre, l'investissement peut se réaliser.
 - En cas d'avis défavorable, l'investisseur a le droit de présenter des observations et de prendre des engagements dans les 30 jours suivant la date de l'avis → et délai supplémentaire sur lequel le ministre et lui-même s'entendent (art. 23.1).
 - En cas de silence du ministre à l'expiration du délai → on en déduit qu'il est d'avis que l'investissement sera à l'avantage net du Canada.
- NB:** En cas de rejet, la décision doit être motivée.
- Le demandeur qui reçoit un avis défavorable doit s'abstenir d'effectuer l'investissement.
 - Si l'investissement est déjà effectué, il doit se départir de son contrôle.

6- PROCESSUS D'EXAMEN (SOURCE, INDUSTRIE CANADA)



7- QUELQUES OBSERVATIONS SUR L'APPLICATION DU CRITÈRE DE L'AVANTAGE NET

Nouveautés intéressantes:

- Le test de l'« avantage appréciable » de la LEIE est remplacé par le test de l'« avantage net ».
- Contrairement à la LEIE, toute prise de contrôle par des intérêts étrangers ne fait pas l'objet d'un examen.
- Les délais d'examen sont strictement encadrés (45jrs) ainsi que les conditions de prolongation des délais (motifs raisonnables)
- le caractère suspensif de la procédure d'examen;
- Contrairement à la LEIE, la décision du ministre doit être motivée.

7- QUELQUES OBSERVATIONS SUR L'APPLICATION DU CRITÈRE DE L'AVANTAGE NET

Critiques

→ Grandes faiblesses de la LIC: L'absence de définition de l'avantage net pour le Canada

→ Les critères de l'art. 20 ne sont pas substantiellement différents de ceux contenus dans la LEIE → **opacité et manque de transparence?**

EX: (2008) tentative d'acquisition de MDA (aérospatial) par Alliant Techsystems Inc....refus du Canada pour absence d'avantage net.

EX: (2010) offre publique de BHP sur Potash...absence d'ANC malgré tous les engagements de BHP. (avis préliminaire)

→ Notre analyse: tentative de conciliation entre ouverture aux capitaux étr. Et préservation du patrimoine éco. nat. → conforme à une tendance mondiale.

OCDE: Canada est l'un des pays les plus restrictifs en matière d'IDÉ comparativement à l'ensemble des pays industrialisés malgré le peu de rejets observés.

8- LES INVESTISSEMENTS PORTANT ATTEINTE À LA SÉCURITÉ NATIONALE.

Le fameux critère de sécurité nationale

→ Une réforme de 2009 avec l'ajout d'une partie IV à la LIC intitulée: « investissements portant atteinte à la sécurité nationale ».

Conséquences:

→ Tout investissement étranger (création de nouvelle entreprise ou acquisition de contrôle) peut être soumis à examen si le ministre le juge susceptible de porter atteinte à la sécurité nationale.

Ex; (2013) rejet de l'acquisition projetée de la division d'Allstream (MTS) par Accelero (Égypte)....**Sécurité nationale**

8- LES INVESTISSEMENTS PORTANT ATTEINTE À LA SÉCURITÉ NATIONALE.

Critiques

- L'utilisation de concepts à texture ouverte pour baliser un pouvoir discrétionnaire.
- Les facteurs décrits à l'art. 20 de la LIC demeurent encore très vagues et malléables.

EX: Comment évalue-t-on la productivité ou le rendement industriel d'un investissement qui n'est pas encore réalisé?

- Les motifs du refus d'acquisition de MDA sont -ils économiques ou plutôt politiques, stratégiques, voire géopolitiques?

9- LE CAS PARTICULIER DES SOCIÉTÉS D'ÉTATS ÉTRANGÈRES

En 2007, le gouvernement a adopté des Lignes directrices régulièrement mises à jour pour l'examen des IDÉ spécifiques aux SÉÉ.

→ Définition: la SÉÉ est « une société possédée, contrôlée ou influencée directement ou indirectement, par un gouvernement étranger ».

→ **Règlement sur Investissement Canada**, prévoit que dans les demandes d'examen, les SÉÉ, sont tenues d'indiquer par qui elles sont contrôlées, y compris si l'État les possède ou les contrôle directement ou indirectement ».

→ Les SÉÉ doivent démontrer un engagement fort envers des activités transparentes et de nature commerciale.

→ Dans l'évaluation de la demande, le ministre applique les critères prévus dans la Loi pour établir l'avantage net.

→ Le fardeau de la preuve repose sur les investisseurs étrangers qui doivent démontrer l'avantage net du Canada.

10- QUELQUES OBSERVATIONS SUR L'APPLICATION DU CRITÈRE DE L'AVANTAGE NET

La LIC ou quelques désirs de modernité:

Quelques observations:

→ Enrichir la notion d'ANC en recourant à des facteurs extrinsèques aux dispositions légales.

EX: Ressources stratégiques- actifs stratégiques alors qu'ils ne sont pas mentionnés dans la LIC

→ l'absence de définition de la notion de sécurité nationale contribue à renforcer l'image d'un Canada hostile aux IDÉ.

→ L'opacité entretient des perceptions défavorables quant au processus d'examen.

10- QUELQUES OBSERVATIONS SUR L'APPLICATION DU CRITÈRE DE L'AVANTAGE NET

- S'agissant des SÉÉ, la démarche du gouvernement semble venir répondre à des préoccupations liées à la série d'acquisitions au cours des années 2011-2012.
- L'élaboration de critères ciblés pour les SÉÉ (gouvernance de la SÉÉ et son adhésion au marché libre)
- Volonté du gouvernement de contrôler ou d'avoir un droit de regard sur les activités des SÉÉ
- Problème: Des exigences supplémentaires qui ne s'appliquent pas aux entreprises canadiennes elles-mêmes.

11- DÉSIR DE MODERNISATION DE LA LIC

→ Maintenir le mécanisme de révision en s'assurant qu'il concorde avec l'intérêt national (petite taille de notre économie; petit nombre de grandes entreprises, place prépondérante du secteur des ressources naturelles;

→ Baliser le critère de l'ANC pour accroître la prévisibilité et réduire la perception d'arbitraire.

→ Quant à la sécurité nationale: le défi, c'est l'équilibre entre la flexibilité et la prévisibilité: → fournir aux investisseurs des balises leur permettant d'apprécier les contours de la notion. → EX: lignes directrices s'inspirant du modèle américain.

→ Mettre au rencart les lignes directrices actuelles visant spécifiquement les SÉÉ et qui n'ont d'autres vertus que d'entretenir la perception de protectionnisme à l'égard de ce type d'investissement en plus d'inciter les SÉÉ à limiter leurs investissements à ceux qui ne dépassent pas les seuils déclencheurs d'examen.

→ Publication des motifs de refus.



MERCI POUR VOTRE ATTENTION !!!!