

Modifications proposées au régime d'examen relatif à la sécurité nationale : dépôts volontaires et prolongation importante des délais d'examen

22 FÉVRIER 2022 9 MIN DE LECTURE

Expertises Connexes

- [Droit de la concurrence](#)

Auteurs(trice): [Michelle Lally](#), Shuli Rodal, Kaeleigh Kuzma, Gajan Sathananthan, Danielle Chu, Chelsea Rubin, Reba Nauth

Le 12 février 2022, [une série de modifications proposées](#) [PDF] a été publiée dans la *Gazette du Canada*, dont deux modifications de l'examen relatif à la sécurité nationale prévu par le *Règlement sur les investissements susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale (examen)* (les modifications proposées) de la *Loi sur l'investissement Canada* (la LIC). Ces modifications proposées auront des incidences importantes pour les investisseurs étrangers qui cherchent à mettre en œuvre des investissements minoritaires dans des entreprises canadiennes, ou d'autres investissements qui ne donnent pas lieu à une acquisition de contrôle ni à la constitution d'une entreprise canadienne au sens de la LIC. Pour de tels investissements, les modifications permettaient, pour la première fois, aux investisseurs non canadiens de déposer un avis volontaire formel et de bénéficier d'une certitude quant à l'examen relatif à la sécurité nationale des investissements avant la clôture. Cependant, les investisseurs qui ne choisissent pas de déposer un avis formel auprès du gouvernement quant à un tel investissement connaîtront une période d'attente plus longue de cinq ans au cours de laquelle un examen relatif à la sécurité nationale pourrait être entrepris.

L'instauration d'un régime de dépôt volontaire harmonise l'approche du Canada avec celle adoptée par d'autres territoires de compétence, dont les États-Unis, le Royaume-Uni et l'Australie, en matière d'examen relatif à la sécurité nationale.

Contexte

En vertu de la LIC, l'acquisition de contrôle d'une entreprise canadienne par un non-Canadien, selon sa valeur et sa structure, doit faire l'objet d'une demande et d'une approbation par le ministre fédéral compétent qui doit déterminer l'« avantage net » (qui exige un dépôt préalable à la clôture, dans le cadre d'acquisitions indirectes d'entreprises culturelles) ou d'un avis au ministre fédéral compétent dans un délai de 30 jours suivant la conclusion. De plus, la constitution d'une nouvelle entreprise canadienne par un non-Canadien doit faire l'objet d'un avis dans un délai de 30 jours suivant la constitution. La LIC n'exige pas de demande ou d'avis préalable à la clôture pour un investissement ou des activités menées par un non-Canadien qui ne constituent pas une « acquisition de contrôle » ni la constitution d'une nouvelle « entreprise canadienne » au sens donné à ces expressions dans la LIC.

Aux termes du régime d'examen relatif à la sécurité nationale de la LIC, le gouvernement a le droit d'examiner et d'interdire un large éventail d'investissements proposés par un non-Canadien, et d'imposer des conditions, allant bien au-delà de l'exigence d'une demande ou

d'un avis, s'il détermine qu'un investissement pourrait porter atteinte à la sécurité nationale du Canada. Un examen relatif à la sécurité nationale peut être réalisé avant ou après la conclusion de l'investissement (sous réserve des prescriptions énoncées dans la LIC, décrites de manière plus détaillée ci-après). Si un Avis ou un Décret d'examen (définis ci-après) est publié avant la réalisation d'un investissement, la clôture ne peut survenir tant que l'examen relatif à la sécurité nationale n'est pas terminé.

Le régime de sécurité nationale de la LIC prévoit trois étapes d'examen. L'examen peut être terminé à l'une ou l'autre des étapes s'il est déterminé que l'investissement ne soulève pas de préoccupations en matière de sécurité nationale. La vaste majorité des investissements ne sont assujettis qu'à la première étape d'examen.

Première étape : Quarante-cinq jours après le déclenchement de cette étape, le gouvernement détermine s'il a des motifs raisonnables de croire qu'un investissement par un non-Canadien pourrait porter atteinte à la sécurité nationale et, par conséquent, s'il y a lieu d'envoyer un avis à l'investisseur voulant qu'un examen de sécurité nationale du Cabinet fédéral *puisse* être ordonné (un Avis). Le gouvernement soumet tous les investissements étrangers à la révision de première étape.

Deuxième étape : Une fois l'Avis envoyé, le Cabinet fédéral dispose d'un autre délai pour déterminer s'il doit émettre un décret pour un examen de sécurité nationale par le Cabinet (Décret d'examen). Plutôt que de d'abord publier un Avis, le Cabinet fédéral peut choisir de publier un Décret d'examen par le Cabinet dans les 45 premiers jours, ce qui a pour effet d'écourter la période de révision de la première étape mentionnée précédemment.

Troisième étape : Une fois le Décret d'examen publié, un long examen approfondi de sécurité nationale est entrepris. On peut s'attendre à ce qu'un examen complet de sécurité nationale prenne au moins le maximum de 200 jours prévu par la LIC. En pratique, cela prend généralement beaucoup plus de temps, car l'investisseur n'a vraiment pas d'autre choix que de consentir à des prolongations ou d'abandonner l'investissement. (À titre d'exemple, la durée moyenne de l'examen pour les 11 investissements assujettis à un Décret d'examen au cours de l'exercice 2020-2021 était de 225 jours.)

Fait important, la première étape de l'examen relatif à la sécurité nationale ne peut être déclenchée que par le dépôt d'une demande complète ou d'un avis d'investissement ou, dans les cas où la LIC n'exige aucun dépôt, par la clôture. À l'heure actuelle, la première étape ne peut être déclenchée avant la clôture par un investisseur dans les situations où un investissement ne constitue pas une acquisition de contrôle d'une entreprise ni la constitution d'une nouvelle entreprise canadienne. Même si un investisseur communique volontairement avec le gouvernement fédéral avant la clôture, il n'a pas la possibilité d'obtenir une certitude quant à l'application du régime d'examen relatif à la sécurité nationale. Les modifications proposées visent à régler cette situation, tout en offrant un incitatif aux investisseurs étrangers à déposer un avis volontaire après du gouvernement relativement aux investissements qui ne feraient autrement pas l'objet d'une demande ou d'un avis obligatoire.

Option de dépôt volontaire

Les modifications proposées permettraient à un investisseur qui souhaite bénéficier, avant d'effectuer un investissement, d'une certitude quant à l'application du régime d'examen relatif à la sécurité nationale de déclencher la période de 45 jours de révision de la première étape en déposant des renseignements (prescrits par les modifications proposées) qui sont très semblables à ceux qui doivent être déposés pour les avis relatifs aux investissements qui confèrent un contrôle. L'investisseur serait tenu de fournir des renseignements quant à la

nature de son investissement et d'indiquer s'il a ou non le pouvoir de nommer les membres du conseil d'administration ou de la haute direction de l'entreprise canadienne, ou s'il a le pouvoir d'orienter la prise de décisions sur les stratégies ou l'exploitation de l'entreprise canadienne.

Comme il n'y a pas de délai prescrit à l'intérieur duquel un dépôt volontaire doit être fait, la soumission du dépôt ne donnerait pas lieu à l'exigence d'attendre 45 jours avant d'effectuer l'investissement. Cependant, les modifications visent à permettre aux investisseurs non Canadiens de savoir que des mesures aux termes des dispositions sur l'examen relatif à la sécurité nationale ne seront pas prises avant la réalisation d'un investissement. Par conséquent, il est à prévoir que les investisseurs qui choisiront de faire un dépôt volontaire le feront avant la clôture, et attendraient l'expiration de la période de 45 jours d'examen de la première étape sans publication d'un Avis ou d'un Décret d'examen par le Cabinet avant d'effectuer l'investissement.

La certitude obtenue par le mécanisme de dépôt volontaire s'applique uniquement à l'investissement relativement auquel le dépôt a été fait. Les augmentations subséquentes des droits de propriété auraient pour effet, techniquement, de rouvrir le droit d'examen relatif à la sécurité nationale. D'autres investissements ayant donné lieu à une acquisition de contrôle feraient également l'objet d'un avis ou d'un examen en vertu des dispositions sur l'avantage net de la LIC.

Prolongation du délai pour l'examen relatif à la sécurité nationale

Lorsque l'option de faire un dépôt volontaire est offerte à l'investisseur, mais que celui-ci ne choisit pas de faire un tel dépôt, les modifications proposées accordent au gouvernement un délai de cinq ans (comparativement aux 45 jours actuels) après la date de réalisation d'un investissement pour entreprendre un examen relatif à la sécurité nationale. La modification proposée accorde au gouvernement fédéral une période beaucoup plus longue pour entreprendre des examens relatifs à la sécurité nationale après la clôture dans les situations où des investissements ne font pas l'objet d'un avis volontaire et peuvent n'être portés à l'attention du gouvernement que longtemps après leur clôture.

À des fins de comparaison, l'autorité de réglementation des États-Unis n'impose pas de limite de temps après la réalisation d'un investissement pour commencer un examen relatif à la sécurité nationale dans les cas où les parties choisissent de ne pas faire de dépôt. Le Royaume-Uni permet de mettre en œuvre un examen relatif à la sécurité nationale pendant une durée maximale de cinq ans après la réalisation de l'investissement, ce qui est similaire à ce qui est proposé pour le Canada, et l'Australie prévoit une période de dix ans pour entreprendre un examen après la clôture.

Prochaines étapes

Le gouvernement s'est engagé à consulter les principales parties prenantes, et un processus de consultation de 30 jours est en cours.

Pour obtenir d'autres renseignements sur les modifications proposées ou si vous avez d'autres questions sur le régime des investissements étrangers du Canada, veuillez communiquer avec les membres du Groupe du droit de la concurrence et investissement étranger d'Osler.