

« LA LOI SUR INVESTISSEMENT CANADA À L'ÉPREUVE DE L'ATTRACTIVITÉ: CONTRIBUTION À LA MODERNISATION DU CADRE JURIDIQUE CANADIEN DE L'INVESTISSEMENT ÉTRANGER »*

Hervé A Prince** et Stéphane Rousseau***

Depuis les années 1950, les politiques canadiennes de l'investissement direct étranger (IDÉ) ont oscillé entre scepticisme, suspicions, et nationalisme économique. Mais au tournant des années 1980, le Canada a tenté un basculement vers une plus grande ouverture conformément à ses choix de libéralisation des échanges. L'adoption en 1985 de la Loi sur investissement Canada (LIC), LRC 1985, c 28 (1^{er} supp), qui simplifiait de manière significative les processus d'admission des IDÉ, s'inscrit dans cette nouvelle logique. Or, il apparaît qu'à l'épreuve des faits, l'admission au Canada des investisseurs étrangers demeure tributaire d'aléas à la fois juridiques et politiques faisant peser sur le régime juridique canadien de l'IDÉ un soupçon d'opacité. À travers l'étude de la LIC, la présente recherche analyse les nouveaux critères d'admission ainsi que le processus de sélection des IDÉ dans l'objectif de déterminer le niveau d'attractivité de la LIC. Il en résulte que le Canada possède l'un des systèmes les plus restrictifs en matière d'IDÉ qui aurait tout intérêt à être réformé.

Since the 1950s, Canadian foreign direct investment (FDI) policies have oscillated between scepticism, suspicion and economic nationalism. However, at the turn of the 1980s, Canada attempted a dramatic shift towards a more open policy in line with its decision to liberalize trade. The enactment in 1985 of the Investment Canada Act (ICA), RSC (1985), c 28 (1st Supp), which greatly simplified the FDI admission process, was part of this new logic. Yet it appears that, when put to the test, admission of foreign investors to Canada remains dependent on both legal and political uncertainties. This creates perceptions of a lack of transparency around Canada's legal framework for FDI. Through a review of the ICA, this research paper examines the new admission criteria as well as the FDI selection process, with the goal of determining the level of attractiveness

* Cette recherche a été rendue possible grâce à une subvention de la Fondation du Barreau du Québec.

** Hervé A Prince, LLD, Professeur agrégé. Chercheur régulier au CDACI et Directeur de l'Observatoire de l'intégration économique (LOIE). Site internet : <www.loie.ca>

*** Professeur titulaire de la Chaire en gouvernance et droit des affaires et Directeur du Centre de droit des affaires et du commerce international (CDACI) à l'Université de Montréal.

of the ICA. The result is that Canada's FDI system is one of the most restrictive and would do well to be reformed.

1. Introduction

À l'ère du libéralisme économique, l'ouverture à l'investissement direct étranger (IDÉ) apparaît indéniablement comme un accélérateur de croissance et de gains de productivité. La libéralisation des échanges implique l'élimination de toutes les formes de barrières, y compris celles relatives à la libre circulation des IDÉ tant que celle-ci ne contrarie pas d'autres objectifs légitimes¹. Dans ce contexte, les réticences que peuvent manifester certains États face à des prises de participation majoritaire d'entreprises multinationales dans des sociétés nationales peuvent paraître décalées par rapport aux thèses libre-échangistes auxquelles ils déclarent souscrire².

Malgré tout, on observe dans de nombreux pays, industrialisés ou non³, une certaine suspicion envers les multinationales qui les conduit à recourir à des restrictions à l'IDÉ⁴. Les vagues de nationalisations qui ont suivi la décolonisation à la fin des années 1950 sont l'une des manifestations du phénomène. Dans les pays du Nord, les entraves à l'IDÉ vont généralement se traduire par des restrictions à la participation étrangère, des procédures de sélection et des restrictions visant le personnel étranger⁵. Ce fut notamment le cas du Canada, dont l'histoire économique a été marquée par une longue période de suspicion et de méfiance vis-à-vis des investisseurs étrangers⁶. Puis, dans une perspective d'ouverture, le nouveau régime juridique de l'IDÉ mis en place au milieu des années 1980⁷ tentera d'établir

¹ OCDE, *L'investissement direct étranger au service du développement : Optimiser les avantages, minimiser les coûts*, Paris, 2002.

² Voir à ce propos, OCDE, *Mesurer la mondialisation : Le poids des multinationales dans les économies de l'OCDE*, 2003.

³ Référence faite ici aux politiques nationalistes et protectionnistes ayant succédé au processus de décolonisation de la fin des années 1950 et début des années 1960. Voir à ce sujet le cours de l'Académie de la Haye encore d'actualité de Patrick Juillard, *L'évolution des sources du droit des investissements*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, vol 250, 1994, 19.

⁴ Stephen S Golub, « Mesures of restrictions on inward foreign direct investment for OECD countries » (2003) 36 OECD Economic Studies 85.

⁵ Kristelle M Audet et Robert Gagné, *Ouverture aux investissements directs étrangers et productivité au Canada*, Centre sur la productivité et la prospective, HEC Montréal, 2010.

⁶ *Loi sur l'examen de l'investissement étranger*; SC 1973-74, c 46 [LEIE]; Stéphane Le Gouëff, « Législation—Loi sur investissement Canada—le contrôle des investissements au Canada » (1986) 64 :4 R du B can 703.

⁷ *Loi sur investissement Canada*, LRC 1985, c 28 (1^{er} supp) [LIC].

progressivement un certain équilibre entre une politique de promotion de l'IDÉ et un contrôle du patrimoine économique national.

Au demeurant, l'encadrement juridique des IDÉ au Canada a toujours fait l'objet de discussions houleuses. Celles-ci ont pris une ampleur particulière au cours de la dernière décennie où de vifs débats ont éclaté à la suite d'acquisitions retentissantes de nombreuses sociétés porte-étendards par des entreprises étrangères. En voyant des sociétés telles qu'Alcan, ATI Technologies, la Compagnie de la Baie d'Hudson, Dofasco, Falconbridge, Four Seasons Hotels ou Inco et Moore⁸ passer à des intérêts étrangers, plusieurs ont exprimé des craintes que le Canada soit en train d'être dépouillé de ses entreprises emblématiques⁹. L'arrivée des fonds souverains comme acquéreurs potentiels des sociétés canadiennes a renforcé ces craintes.

Pour contrer la supposée perte d'indépendance économique, des observateurs comme Roger Martin et Gordon Nixon ont recommandé une intervention gouvernementale vigoureuse dans le but de favoriser le développement de chefs de file canadiens¹⁰. D'autres, comme Jack Mintz et Andrey Tarasov, ont adopté une position moins alarmiste en signalant, statistiques à l'appui, que les acquisitions de sociétés étrangères par des sociétés canadiennes étaient, en fait, plus importantes que l'inverse¹¹. Du coup, ils déploraient que le Canada ne soit pas plus accueillant envers les investissements directs étrangers qui sont sources de croissance.

De ces observations contrastées, il se dégage l'impression d'une absence de lisibilité quant à l'orientation de la politique canadienne en matière d'IDÉ. Autrement dit, la question se pose de savoir si le droit positif canadien en matière d'IDÉ s'inscrit ou non dans une logique d'attractivité réelle ou supposée. Si on prend pour acquis, comme l'affirment les institutions économiques internationales, que les IDÉ jouent un rôle positif dans le développement économique d'un pays, on pourrait légitimement imaginer que la politique canadienne milite en faveur de l'attractivité de l'IDÉ. Dans une économie libérale comme la nôtre, il ne serait donc pas envisageable d'adopter un cadre juridique de l'IDÉ dont l'ambition ou les

⁸ La liste n'est pas exhaustive.

⁹ Voir par exemple «The Deal—Insight for the C-suite», *The Globe and Mail (suppl)* (4 juin 2007); David Olive, «Another big bite out of Canada?», *The Star.com* (8 mai 2007), en ligne: <www.thestar.com/article/211483>; Eric Reguly, «The Hollowing Out of Corporate Canada» (2002) 1:2 *Corp Knights* 16.

¹⁰ Roger Martin et Gordon Nixon, «Whoa, Canada:More Must Be Done to Protect Companies from Foreign Takeovers. The Country's Place in the World Depends On It. », *The Globe and Mail* (2 juillet 2007) B1.

¹¹ Jack M Mintz et Andrey Tarasov, *Canada Is Missing Out On Global Capital Market Integration*, Toronto, CD Howe Institute, 2007; John Partridge, «Foreign takeover fears played down», *The Globe and Mail* (22 août 2007) B3.

effets se traduiraient par l'érection de barrières à l'IDÉ puisque le Canada croit que « des règles judiciaires sur l'investissement favorisent un climat économique positif et propice à la croissance et à la création d'emplois »¹².

Il apparaît pourtant dans la réalité que la part du Canada dans les IDÉ est en constant déclin depuis 30 ans¹³. L'OCDE classe le Canada parmi les pays les plus restrictifs en matière d'investissements étrangers en raison des barrières érigées par le système de révision des investissements¹⁴. Le Canada est l'un des rares pays à imposer un processus de révision formel à tous les investissements étrangers dépassant un certain seuil¹⁵. De plus, ce seuil est inférieur à celui imposé par la plupart des autres pays ayant un système de révision obligatoire¹⁶. Selon le régime édicté par la *Loi sur l'Investissement Canada* (LIC)¹⁷, l'approbation d'un investissement étranger est soumise au test de *l'avantage net pour le Canada*¹⁸ qui implique des éléments tels que l'emploi, l'exportation et la productivité. En outre, l'approbation peut nécessiter la prise en compte d'engagements relatifs au *bénéfice net* pour le Canada.

Prenant acte de ces critiques, le Groupe de travail Wilson¹⁹ a formulé plusieurs recommandations destinées à améliorer l'encadrement des IDÉ dans la LIC. Ces recommandations concernaient notamment le seuil d'approbation, la norme du *bénéfice net* et la prévisibilité du processus.

¹² Canada, Ministère des Affaires étrangères, du Commerce international et du Développement international et de la Francophonie, *Investissement*, 2013, en ligne : <www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/invest/index.aspx?lang=fra>.

¹³ Philippe Bergevin et Daniel Schwanen, « Reforming the Investment Canada Act: Walk More Softly, Carry a Bigger Stick » (2011) CD Howe Institute Commentary 337.

¹⁴ Blanka Kalinova, Angel Palerm et Stephen Thomsen, « OECD's FDI Restrictiveness Index: 2010 Update » (2010) OECD Working Papers on International Investment, 2010/03, en ligne : <www.doi.org/10.1787/5km91p02zj7g-en>.

¹⁵ Ce type de processus d'examen de l'investissement étranger existe dans des pays tels que l'Australie ou la Nouvelle-Zélande.

¹⁶ La comparaison est souvent faite avec l'Australie qui dispose d'un mécanisme d'examen assez semblable à celui du Canada. Malgré cela, l'Australie est mieux classée que le Canada. Le rapport de la CNUCED publié en 2013 sur l'investissement direct étranger classe le Canada au 10^{ème} rang des 20 premiers pays destinataires de l'IDÉ derrière l'Australie qui occupait la 7^{ème} place. Voir CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde, 2013. Vue d'ensemble. Les chaînes de valeur mondiales : l'investissement et le commerce au service du développement*, New York et Genève, 2013, en ligne : <unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2013overview_fr.pdf>.

¹⁷ LIC, *supra* note 7.

¹⁸ *Ibid.*, art 20, 21.

¹⁹ Canada, Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence, *Foncer pour gagner—Rapport final*, Ottawa, Industrie Canada, 2008 (LR Wilson), en ligne : <www.ic.gc.ca/eic/site/cprp-gepmc.nsf/fra/h_00040.html> [Rapport Wilson].

En 2009, la *Loi sur Investissement Canada* a fait l'objet de modifications en ce sens, tout en introduisant une nouvelle révision fondée sur la sécurité nationale²⁰. La réforme visait à améliorer la transparence du processus.

Malgré ces réformes, les critiques formulées par le Groupe de travail Wilson demeurent encore pertinentes. À titre d'exemple, si le ministre de l'Industrie doit fournir des motifs pour refuser une proposition d'investissement, ces motifs n'ont pas à être divulgués publiquement²¹. De plus, la notion de sécurité nationale n'est pas définie. Dans cette perspective, il semble bien que la révision de la LIC mérite d'être poursuivie.

C'est dans cet esprit que s'inscrit cette étude qui ambitionne d'explorer quelques pistes de solutions qui contribueront à la nécessaire modernisation de la LIC. L'étude ne vise pas à analyser les particularismes inhérents aux régimes particuliers en matière d'IDÉ au Canada. Elle n'a pas vocation à faire l'analyse exhaustive de chacun des régimes applicables à des secteurs bénéficiant de dérogations à la LIC, tels que la culture. Il s'agira surtout de poursuivre la réflexion engagée depuis quelques années sur le régime juridique général de l'IDÉ au Canada²². Si plusieurs se sont intéressés aux critères de l'avantage net et de la sécurité nationale, très peu se sont penchés sur la question plus vaste de l'admission de l'IDÉ au Canada, analysée sous le prisme de l'attractivité. En s'intéressant notamment au processus décisionnel du ministre²³, aux critères d'admission définis dans la LIC, l'objectif sera de tenter de déterminer dans quelle mesure ces critères demeurent opportuns et comment ils sont susceptibles d'être améliorés pour accroître la lisibilité, la transparence et en définitive, renforcer l'attractivité du Canada.

Afin de mieux situer le débat, il importera de revenir sur l'évolution temporelle de l'encadrement juridique de l'IDÉ au Canada (2) pour mieux analyser les moyens dont le Canada a pu se doter pour faire face aux défis

²⁰ LIC, *supra* note 7, partie IV.1.

²¹ *Ibid.*, art 25.4-25.6.

²² Peter Muchlinski, Federico Ortino et Christoph Schreuer, dir, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008; Robert K Paterson et Martine Band, *International Trade and investment Law in Canada*, 2^e ed, Toronto, Carswell, 1995; Le Gouëff, *supra* note 6; Charles-Emmanuel Côté, « Le Canada et l'investissement direct étranger : entre ouverture et inquiétude » dans Mathieu Arès et Éric Boulanger, dir, *L'investissement et la nouvelle économie mondiale, Trajectoires nationales, réseaux mondiaux et normes internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 241.

²³ Le terme de « ministre » est utilisé dans la présente étude sous sa forme générique et ne renvoie donc pas exclusivement au ministre de l'Industrie ou à celui du Patrimoine en particulier. Il renvoie aux autorités compétentes qui interviennent dans le processus décisionnel, soit pour recevoir les notifications des « avis » des investisseurs potentiels, soit pour procéder à l'examen des IDÉ.

de l'attractivité auxquels il est constamment confronté (3). En procédant ainsi, les auteurs de la présente étude espèrent pouvoir déceler les points de faiblesse du dispositif canadien en matière d'IDÉ pour être en mesure de dégager des idées novatrices susceptibles de renforcer et d'accélérer sa modernisation (4).

2. Les origines protectionnistes du cadre juridique canadien de l'IDÉ

Les rapports du Canada avec l'IDÉ sont avant tout une histoire d'attentisme, puis de réticence, avant de devenir une affaire d'équilibre entre politique d'ouverture et de contrôle.

A) L'ère des relents protectionnistes

La politique canadienne en matière d'IDÉ a évolué en dents de scie tout au long de l'histoire économique du pays. D'abord marquée par un certain flou, elle va progressivement verser dans un certain nationalisme économique avant que les gouvernements successifs ne finissent par se convertir à l'ouverture des marchés au tournant des années 1980. Il faut dire que pendant longtemps, le protectionnisme économique pratiqué au Canada, se traduisant surtout par des barrières tarifaires, a eu pour effet immédiat de dissuader les investisseurs étrangers. Du coup, nombre d'entre eux, notamment ceux en provenance des États-Unis, ont préféré implanter directement leurs filiales au pays plutôt que d'importer leurs productions vers le Canada. Ces filiales étrangères fabriquaient directement leurs produits sur le territoire national et pouvaient ainsi contourner les obstacles commerciaux érigés par le Canada.

On se souviendra qu'au cours de la décennie 1950-1960, l'économie canadienne était largement dominée par des participations étrangères, et en particulier les sociétés américaines. Cette participation américaine croissante dans l'activité économique canadienne va très vite soulever des inquiétudes tant dans l'opinion publique qu'au sein de la classe politique, qui craignaient une perte d'indépendance économique. C'est en réponse à ces inquiétudes que le rapport visant à évaluer les perspectives économiques du Canada avait été diligenté par le gouvernement libéral de Louis Saint-Laurent en 1955²⁴. Les conclusions du rapport Gordon qui exprimait de sérieuses inquiétudes quant aux conditions d'admission des IDÉ au Canada, ont suscité de vives interrogations. La soi-disant ouverture débridée du Canada à l'IDÉ est relayée par une certaine doctrine qui considérait qu'avant les années 1970, l'approche canadienne de l'IDÉ était principalement fondée sur le

²⁴ Canada, *Royal Commission on Canada's Economic Prospects: final report*, Ottawa, Queen's Printer, 1957 (Walter Gordon) [Rapport Gordon].

laisser-faire²⁵. Cette impression d'une trop grande liberté de la politique économique du Canada envers les investisseurs étrangers a réveillé un certain nationalisme économique qui trouvera écho dans différents rapports commandés par des gouvernements successifs²⁶.

Le scepticisme envers l'IDÉ conduira à un changement drastique de la politique canadienne avec l'élection du gouvernement libéral du premier ministre PE Trudeau dès 1972. Le rapport Gray²⁷ ayant confirmé l'idée selon laquelle les niveaux d'investissements étrangers étaient d'une importance telle qu'ils étaient devenus néfastes pour l'économie nationale, il a été acté d'opérer un nouveau virage dans la politique canadienne de l'IDÉ. C'est dans ce contexte qu'a été adoptée dès 1973 la *Loi sur l'examen de l'investissement étranger* (LEIE), dont la philosophie antilibérale était perceptible dès l'article 2 du texte qui insistait sur l'exigence de réappropriation du patrimoine économique canadien par les Canadiens eux-mêmes. Il y apparaît très clairement la nécessité pour le gouvernement fédéral d'exercer un certain contrôle sur la participation des étrangers dans l'économie nationale. En ce sens, la LEIE « avait été promulguée sur la prémisse que le maintien par les Canadiens du contrôle effectif sur leur environnement économique relevait de l'intérêt national »²⁸.

La LEIE assujettissait toutes les acquisitions directes ou indirectes d'entreprises canadiennes, ainsi que l'établissement d'une nouvelle entreprise par des étrangers à un examen par le biais d'une agence spécialisée, l'*Agence sur l'examen de l'investissement étranger*, plus généralement appelée F.I.R.A. La F.I.R.A avait la mission de « tamiser les investissements étrangers »²⁹ en soumettant leur admission à un processus de contrôle. Seuls les investissements étrangers pouvant apporter des « avantages appréciables au Canada »³⁰ étaient admis par la F.I.R.A.

Le régime juridique de l'IDÉ ainsi institué par la LEIE va faire passer le Canada dans une nouvelle ère : celle du repli sur soi, de la suspicion et de

²⁵ Simone Collins, « Recent Decisions under the Investment Canada Act: Is Canada Changing its Stance on Foreign Direct Investment? » (2011) 32:1 Nw J Intl L & Bus 141 à la p 143; Jean Raby, « The Investment Provisions of the Canada-United States Free Trade Agreement: A Canadian Perspective » (1990) 84:2 Am J Intl L 394 à la p 396, DOI: <10.2307/2203460>.

²⁶ Canada, *Foreigner Ownership and The Structure of Canadian Industry: Report of the Task Force on the Structure of Canadian Industry*, Ottawa, Queen's Printer, 1968 (Melville H Watkins); Herbert E Gray, *Investissements étrangers directs au Canada*, Ottawa, Information Canada, 1972 [Rapport Gray].

²⁷ Rapport Gray, *supra* note 26.

²⁸ Rapport Wilson, *supra* note 19 à la p 33.

²⁹ Le Gouëff, *supra* note 6.

³⁰ LEIE, *supra* note 6, art 2.

la méfiance vis-à-vis des investisseurs étrangers. Une attention particulière sera également portée à des secteurs particuliers jugés stratégiques pour le Canada. Ainsi, la « *canadianisation* » de la politique économique en matière d'IDÉ va se traduire par l'instauration de régimes encore plus restrictifs pour des secteurs tels que les services financiers, le secteur gazier et pétrolier, mais également le secteur des télécommunications. C'est dans le secteur énergétique et notamment le secteur pétrolier, que ce nationalisme économique va se concrétiser avec plus de force puisqu'a été institué dès 1980 le Programme énergétique national (PEN). Pour notre part, la création du PEN était emblématique de la décennie 1975–1985. Il était le symbole de la fameuse *canadianisation* de l'économie nationale. Mais très vite, le contexte économique national et international rappellera les autorités canadiennes à desserrer les vis du repli sur soi.

B) De la méfiance à l'ouverture à l'IDÉ

Le régime restrictif institué par la LEIE a fortement influencé les résultats économiques du Canada. Partant de l'hypothèse que la réglementation est l'un des multiples facteurs qui ont une influence sérieuse sur le volume de l'IDÉ, des analyses statistiques ont démontré que plus la réglementation canadienne était restrictive vis-à-vis des investisseurs étrangers, moins les flux d'IDÉ en direction du Canada étaient importants³¹. Plus concrètement, les études ont montré « qu'à mesure que le climat réglementaire se durcissait sous le régime de la LEIE, on a assisté à un repli manifeste de l'activité des multinationales »³². Il est donc apparu que les réglementations sur l'IDÉ ont largement contribué à rendre le Canada moins attractif au cours de cette période. D'ailleurs, comme le notaient les auteurs de l'Étude, « quand la réglementation restrictive a fait place à des politiques plus libérales à l'égard de l'investissement direct étranger et durant la période postérieure à l'AEIE, l'importance des entreprises sous contrôle étranger s'est accrue »³³.

En tout état de cause, plusieurs s'accordent désormais pour dire que le régime institué par la LEIE était restrictif à l'égard des IDÉ³⁴. Et cette

³¹ Statistique Canada, *Évolution du contrôle étranger sous divers régimes de réglementation : évaluation des données statistiques* (Étude spéciale), par G Gellaty, D Sabourin et J Baldwin, dans *L'Observateur économique canadien (11-010-XIB)*, Ottawa, Statistique Canada, mars 2006.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ Voir par exemple Debra P Steger, « State Capitalism: Do We Need Controls? » (2008) *Canada-Asia Commentary* 50 à la p 8, en ligne : <www.papers.ssrn.com/abstract=1947438>.

prise de conscience soudaine semble être partagée par la nouvelle formation politique qui arrive au pouvoir au milieu des années 1980³⁵.

Au cours des années 80, la LEIE a fait l'objet de critiques importantes de la part de la communauté internationale en raison de son caractère restrictif. Le Canada s'est aussi mis à se questionner sur la pertinence de cette Loi face à une économie en récession et devant le constat d'une diminution des investissements étrangers³⁶. L'arrivée au pouvoir en 1984 du parti conservateur va faire basculer la politique canadienne de l'IDÉ d'une logique de contrôle à celle d'une plus grande ouverture vis-à-vis des investisseurs étrangers. La LEIE fut abrogée avec l'entrée en vigueur de la *Loi sur Investissement Canada*. Le processus de sélection de l'IDÉ qu'elle introduit est plus souple. La nouvelle politique de l'IDÉ se veut plus attractive et est considérée par certains comme « constant with the political climate shift towards increased foreign investment »³⁷.

L'adoption en 1985 de la LIC avait donc pour objectif explicite de favoriser l'attractivité du Canada et d'attirer les investissements étrangers. Elle constituait un changement drastique de l'approche restrictive en vigueur durant les années 70³⁸. Pour Assaf et McGillis, « [t]he new legislation was also intended to signal to foreign investors that Canada was indeed open and welcoming to them »³⁹.

Herman résume ainsi les objectifs de politique publique ayant motivé l'adoption de la LIC:

The objective was to make the system more business friendly, moving from investment review to investment promotion, arguably from discouraging foreign capital to encouraging it—but with carefully drawn carve-outs for sensitive sectors and with the requirement that foreign takeovers over certain thresholds had to meet the famous « net benefit » test to be approved.⁴⁰

³⁵ Les élections fédérales de 1984 devaient marquer le grand virage attendu tant sur le plan politique qu'économique. Au pouvoir depuis 1963 sauf pour la courte période entre 1979 et 1980, les libéraux ont laissé la place au Parti progressiste-conservateur du Canada.

³⁶ E James Arnett, « From FIRA to Investment Canada » (1985) 24 Alta L Rev 1 à la p 2; Raby, *supra* note 25; Collins, *supra* note 25 à la p 144.

³⁷ Collins, *supra* note 25 à la p 144.

³⁸ Raby, *supra* note 25 à la p 397.

³⁹ Dany H Assaf et Rory A McGillis, « Foreign Direct Investment and the National Interest: A Way Forward » (2013) 40 IRPP Study 1 à la p 8.

⁴⁰ Lawrence L Herman, « Investment review in Canada: We can do better » (2011) 4:10 SPP Research Papers 1 à la p 4, en ligne: <www.webapps2.ucalgary.ca/~sppweb/sites/default/files/research/herman-invest-canada-online_0.pdf>.

En effet, l'article 2 de la LIC donne une idée assez claire de la philosophie qui sous-tend la nouvelle loi:

Étant donné les avantages que retire le Canada d'une augmentation du capital [...], la présente loi vise à instituer un mécanisme d'examen des investissements importants effectués au Canada par des non-Canadiens de manière à encourager les investissements au Canada et à contribuer à la croissance de l'économie et à la création d'emplois ...

La LIC reconnaît ainsi expressément que l'IDÉ contribue au développement économique et à la croissance. Il s'agit dès lors de promouvoir l'IDÉ tout en exerçant un certain contrôle sur les IDÉ dont les montants sont plus substantiels et qui peuvent avoir un impact marquant sur l'économie canadienne.

Même si la LIC reprend « de nombreuses dispositions de la LEIE, son objectif implicite est de faire du Canada une destination plus propice à l'investissement »⁴¹. Dans le rapport Wilson publié en 2008, le Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence avait considéré que la LIC reflète un changement de cap en cherchant à diminuer les facteurs de protectionnisme, tant réels que perçus⁴². L'adoption de cette nouvelle législation marque aussi le point de départ d'une plus grande ouverture du Canada vis-à-vis des capitaux étrangers.

3. Le basculement vers une logique d'ouverture aux capitaux étrangers?

La LIC a introduit plusieurs changements dans le dispositif canadien d'admission des IDÉ. Toutefois, il demeure une certaine frilosité au Canada sur le sujet des IDÉ puisque les modifications ultérieures à la LIC vont tenter de freiner ou, à tout le moins, de réguler le processus d'admission au Canada. Cette évolution, ou plus exactement cette nouvelle politique de l'investissement étranger amorcée au tournant des années 1980, pourrait ainsi être schématisée en deux phases concomitantes : une première qu'on pourrait qualifier d'ouverture et une seconde, qu'on traitera de régulatrice.

A) L'allègement des critères d'admission des investissements étrangers au Canada

En inscrivant sa nouvelle politique économique en matière d'IDÉ dans une logique de libéralisation, la Canada adoptera des mesures visant à faciliter

⁴¹ Parlement du Canada, *Le processus d'examen des investissements étrangers au Canada* (Étude générale), par Mathieu Frigon, révisé 21 juillet 2014, publication no 2011-42-F, Ottawa, 12 juillet 2011 à la p 1.

⁴² Rapport Wilson, *supra* note 19 à la p 33.

l'accès des investisseurs étrangers au territoire national. Toutefois, il ne perd pas de vue son objectif d'en réglementer les mécanismes de mise en œuvre.

1) Faciliter les mécanismes d'admission des investisseurs étrangers au Canada

L'adoption de la LIC en 1985 marque indubitablement un basculement dans la politique canadienne de l'IDÉ vers une plus grande ouverture. En ce sens, les dispositions prévues dans le nouveau régime juridique de l'IDÉ au Canada traduisent une réelle volonté politique de simplifier de manière importante les processus d'admission. Cette simplification passera notamment par l'allègement des mécanismes d'admission des IDÉ d'où qu'ils viennent. Patterson et Band noteront à propos de ce virage que « [the review procedures under the Act [...] are significantly less complex and protracted than those which obtained under FIRA] ».⁴³

L'un des axes les plus emblématiques du nouveau régime juridique réside dans le rehaussement des seuils déclencheurs du processus d'examen puisqu'en procédant ainsi, le Canada permet à un plus grand nombre d'investisseurs étrangers d'échapper à la lourdeur des procédures d'examen et conséquemment, à l'incertitude qu'elles peuvent générer quant aux possibilités d'investissement. Par exemple, la LEIE assujettissait de manière quasi automatique toute prise de contrôle par des étrangers au processus d'examen⁴⁴. Grâce au rehaussement des seuils, le processus d'examen sera réservé aux seuls investissements dont la valeur des actifs est supérieure à cinq millions de dollars⁴⁵. La LIC se démarque de la LEIE en délimitant très précisément les formes d'investissement concernées par son application⁴⁶. La Loi précise que seront assujettis au nouveau régime les investissements faits par des non-Canadiens⁴⁷ et détermine très précisément les deux principales portes d'entrée des IDÉ au Canada⁴⁸. Ainsi, les IDÉ sont admis au Canada soit dans le but de constituer une nouvelle entreprise canadienne (création d'une nouvelle entreprise), soit pour en acquérir le contrôle (acquisition de contrôle).

⁴³ Robert K Patterson et Martine MN Band, *International Trade & Investment Law in Canada*, 2^e éd, Scarborough, Carswell, 1995 aux pp 11–20.

⁴⁴ LEIE, *supra* note 6, art 2

⁴⁵ LIC, *supra* note 7, art 14(3).

⁴⁶ *Ibid*, art 3.

⁴⁷ Il faut comprendre par non-Canadien, toute personne physique ou morale y compris les organismes publics ou privés étrangers ainsi que les unités, qui ne sont pas canadiennes. Le résident permanent qui a résidé habituellement au Canada pendant une période maximale d'un an à compter de la date où il est devenu pour la première fois admissible à demander la citoyenneté canadienne est considéré comme un Canadien au sens de la présente loi. Voir, *Ibid*, art 3(b).

⁴⁸ *Ibid*, art 11, 14.

Dans le même esprit, la nouvelle loi établit, comme sous la LEIE, deux régimes bien séparés qui font la distinction entre les IDÉ susceptibles de faire l'objet d'un avis et ceux assujettis au régime d'examen. Le premier concerne tout investisseur étranger désireux de créer une nouvelle entreprise canadienne ou d'en acquérir le contrôle⁴⁹. Quelle que soit la voie d'accès⁵⁰, tout investisseur étranger devra déposer auprès du directeur des investissements une demande pour avis avant la constitution de l'investissement ou dans les trente (30) jours qui suivent⁵¹. Si l'avis est jugé conforme, le directeur des investissements fera parvenir à l'investisseur un accusé de réception⁵². Mais les investissements visés par l'avis de réception ne sont pas soumis à la procédure d'examen. La LIC limite l'obligation d'examen aux seules prises de contrôle par des investisseurs étrangers d'entreprise canadienne dont la valeur de l'actif est égale ou supérieure à un certain seuil⁵³. Les informations qui doivent être soumises lors de l'examen sont fixées par règlement⁵⁴. Mathieu Frigon⁵⁵ présente très schématiquement les cinq scénarios dans lesquels un investissement direct étranger pourra être assujetti à la procédure d'examen :

Scénario 1 : L'investisseur étranger est une entreprise d'État⁵⁶ d'un pays membre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et son investissement vise à prendre le contrôle d'une entreprise canadienne non culturelle dont l'actif brut, en 2014, est d'au moins 354 millions de dollars⁵⁷.

⁴⁹ *Ibid*, art 11 : « Font l'objet d'un avis au titre de la présente partie les investissements faits par un non-Canadien dans l'un des buts suivants : a) la constitution d'une nouvelle entreprise canadienne; b) l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne de la manière visée au paragraphe 28(1) dans le cas où l'investissement n'est pas sujet à l'examen au titre de l'article 14 ».

⁵⁰ À moins que l'investissement ne soit assujetti à la procédure d'examen.

⁵¹ LIC, *supra* note 7, art 12: « L'investisseur non canadien qui se propose de faire un investissement qui doit faire l'objet d'un avis au titre de la présente partie dépose, de la façon prévue par règlement, un avis d'investissement auprès du directeur; l'avis contient les renseignements que prévoient les règlements et est déposé avant que l'investissement ne soit effectué ou dans les trente jours qui suivent ».

⁵² *Ibid*, art 13.

⁵³ *Ibid*, art 14.

⁵⁴ *Règlement sur Investissement Canada*, DORS/85-611.

⁵⁵ Frigon, *supra* note 41.

⁵⁶ L'article 3 de la LIC, *supra* note 7, définit l'entreprise d'État comme pouvant être selon le cas : « a) le gouvernement d'un État étranger ou celui d'un de ses États ou d'une de ses administrations locales, ou tout organisme d'un tel gouvernement; b) une unité contrôlée ou influencée, directement ou indirectement, par un gouvernement ou un organisme visés à l'alinéa a); c) un individu qui agit sous l'autorité d'un gouvernement ou d'un organisme visés à l'alinéa b) ou sous leur influence, directe ou indirecte ».

⁵⁷ Le seuil passera à 369 millions pour les acquisitions directes de contrôle d'une entreprise canadienne. Le seuil sera ajusté annuellement en fonction de la croissance du PIB nominal. Voir, Canada, Innovation, Sciences et Développement économique Canada, *Loi*

Scénario 2 : L'investisseur étranger n'est pas une entreprise d'État, mais vient d'un pays membre de l'OMC, et son investissement vise à prendre le contrôle d'une entreprise canadienne non culturelle dont la valeur d'affaire, en 2014, est d'au moins 600 millions de dollars⁵⁸.

Scénario 3 : L'investisseur étranger ne vient pas d'un pays membre de l'OMC, et son investissement vise à prendre le contrôle d'une entreprise canadienne non culturelle dont l'actif brut est de 5 millions de dollars ou plus, ou à prendre une participation indirecte dans une entreprise canadienne non culturelle dont l'actif brut est de 50 millions de dollars ou plus⁵⁹.

Scénario 4 : L'investissement étranger vise à prendre directement le contrôle d'une entreprise culturelle canadienne dont l'actif est d'au moins 5 millions de dollars, ou le gouverneur en conseil considère qu'il est dans l'intérêt général de procéder à l'examen d'un investissement dans une entreprise culturelle.

Scénario 5 : Le gouvernement du Canada considère que le projet d'investissement risque de porter atteinte à la sécurité nationale.⁶⁰

Au terme du processus d'examen, le ministre devra approuver l'investissement s'il est convaincu que celui-ci est à l'« *avantage net du Canada* »⁶¹.

Plusieurs observations méritent ici d'être faites. La première concerne le changement radical opéré par la LIC par rapport à la LEIE, dont le niveau de déclenchement de l'examen était pour le moins « pitoyable »⁶². En

sur investissement Canada-Seuils : Seuils déclencheurs d'examen, 2013, en ligne : <www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/fra/h_lk00050.html>.

⁵⁸ Le seuil est resté stable en 2015 au titre de la valeur d'affaires pour les investissements visant l'acquisition directe du contrôle d'une entreprise canadienne. Le seuil passera à 800 millions en 2017 et 1 milliard de \$ en 2019. Il sera rajusté ensuite annuellement à partir de 2021 en fonction de la croissance du PIB nominal : *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.* : En vertu des paragraphes 14(3) et 14(4) de la Loi, les seuils appliqués aux opérations assujetties à l'examen sont de 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. Ces seuils s'appliquent aux investissements par des investisseurs qui ne sont pas des « investisseurs OMC », au sens du paragraphe 14(6) de la Loi, qui visent l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne qui n'est pas contrôlée par un investisseur OMC avant que l'investissement ne soit effectué.

⁶⁰ LIC, *supra* note 7, art 25.1 et s. Le critère de sécurité nationale s'applique peu importe la voie d'accès choisie par l'investisseur étranger. Pour peu que le ministre ait des motifs raisonnables de croire que l'opération projetée pourrait porter atteinte à la sécurité nationale du Canada, il pourra prendre toutes les mesures qu'il juge nécessaires pour faire face à la situation. Ces mesures peuvent aller jusqu'au refus de l'investissement.

⁶¹ *Ibid.*, art 21.

⁶² Arnett, *supra* note 36 à la p 18.

effet, « toute prise de contrôle d'une entreprise canadienne par des intérêts étrangers pouvait faire l'objet d'un examen (c.-à-d. être subordonnée à l'approbation du gouvernement du Canada), même les transactions concernant de petites entreprises familiales »⁶³. Le mécanisme de contrôle pouvait ainsi être mis en branle par la F.I.R.A dès lors que l'IDÉ concernait des montants assez dérisoires. Il importe également de faire remarquer que, contrairement à la LEIE, le ministre devient seul responsable en vertu de la LIC quant à la décision de permettre ou de refuser un investissement alors qu'auparavant, le cabinet fédéral en entier en avait la responsabilité⁶⁴, ce qui avait pour conséquence d'alourdir le processus et de dissuader des investisseurs potentiels. De ce point de vue, il apparaît très clairement que la LIC constitue une avancée importante par rapport au régime précédent même si l'ouverture aux capitaux étrangers demeure très encadrée.

2) Une ouverture aux capitaux étrangers strictement encadrée par la LIC

La LIC encadre rigoureusement la durée du processus d'examen et en limite les possibilités d'extension⁶⁵. La Loi prévoit ainsi un délai de quarante-cinq (45) jours pour que le ministre communique à l'investisseur étranger qu'il est d'avis que son investissement sera à l'avantage net du Canada. Du même coup, la Loi encadre strictement les conditions de prolongation puisque la prolongation n'est possible que si le ministre a des motifs raisonnables de croire que l'investissement projeté pourrait porter atteinte à la sécurité nationale. De plus, contrairement à la LEIE, l'investisseur doit désormais, sauf circonstances exceptionnelles, s'abstenir de commencer à mettre en œuvre son investissement tant que le processus d'examen n'a pas été complété avec succès⁶⁶.

La LIC tente également de répondre aux critiques concernant l'opacité entourant le processus d'examen en s'écartant de la pratique en vigueur sous la défunte LEIE qui n'exigeait pas que le gouvernement fournisse de motifs pour un refus d'investissement. En effet, sous le régime de la LIC, l'investisseur est informé dès lors que le ministre n'est pas satisfait que l'investissement est vraisemblablement à l'avantage net du Canada⁶⁷. La Loi oblige le ministre à fournir les motifs à l'appui de toute décision prise au sujet du projet d'investissement, que cet avis soit favorable ou non⁶⁸. Au surplus, le test de « l'avantage appréciable » de la LEIE a été remplacé par celui de l'avantage net.

⁶³ Frigon, *supra* note 41.

⁶⁴ Arnett, *supra* note 36 à la p 24.

⁶⁵ Voir par exemple LIC, *supra* note 7, art 21(1).

⁶⁶ Arnett, *supra* note 36 à la p 25.

⁶⁷ *Ibid.* Voir également, LIC, *supra* note 7, art 21(1).

⁶⁸ LIC, *supra* note 7, art 23(3).

Plusieurs s'accordent pour dire que l'absence de définition de la notion d'avantage net pour le Canada inscrite dans la LIC constitue l'une de ses plus grandes faiblesses⁶⁹. Mais il faut reconnaître que le passage d'un « avantage appréciable » exigé par la LEIE à l'« avantage net » pour le Canada est une façon de baisser quelque peu le niveau d'exigence imposé aux investisseurs étrangers pour être admis au Canada. Pour Arnett, le test a été modifié de façon telle qu'il « has been reduced from one of “significant” benefit to one which, on balance, there is at least some benefit »⁷⁰.

Cette faiblesse de la Loi liée à l'absence de définition de la notion d'avantage net est quelque peu compensée par l'établissement de critères définis à l'article 20 de la LIC. En effet, la LIC prend soin d'établir une série de facteurs à prendre en considération dans la détermination de l'avantage net⁷¹. Même si elles laissent une certaine marge de manœuvre au ministre, ces précisions ont toutefois le mérite de renforcer le niveau de transparence du nouveau mécanisme d'examen.

Plusieurs ont noté au sujet de cette disposition qu'il s'agit d'une simple reprise des facteurs déjà présents dans la défunte loi, à l'exception de deux nouveaux critères qui y ont été intégrés, à savoir : (i) la compatibilité de l'investissement avec des objectifs nationaux « culturels » et (ii) « la contribution de l'investissement à la compétitivité canadienne sur les marchés mondiaux »⁷². Patterson et Band considèrent en effet que, malgré la nouvelle phraséologie de la LIC, les facteurs à être considérés dans l'examen demeurent en grande partie inchangés :

The only difference between the two laws in this respect is the addition of two new factors in the Act—the compatibility of the investment with national or provincial cultural policies and the contribution of the investment to Canada's ability to compete in the world markets. The change in terminology was presumably intended to serve two purposes. First, the Agency and the Ministry are free to operate without encumbrance from prior interpretive jurisprudence as to the standard encapsulated within the term “net benefit”. Second, the phrase “net benefits” suggests a lower

⁶⁹ Voir les développements *infra* sur les faiblesses de la LIC.

⁷⁰ Arnett, *supra* note 36 à la p 24.

⁷¹ Entre autres facteurs à prendre en considération, il y a l'effet de l'investissement sur le niveau et la nature de l'activité économique au Canada (emploi, utilisations de pièces produites au Canada, etc.), l'étendue et l'importance de la participation de Canadiens dans l'entreprise canadienne, l'effet de l'investissement sur la productivité ou le rendement industriel, l'effet de l'investissement sur la concurrence, 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. Voir LIC, *supra* note 7, art 20.

⁷² Arnett, *supra* note 36 à la p 24.

standard than does “significant benefit”. This is consistent with the Act’s overall objective of encouraging foreign investment in Canada.⁷³

De notre de point de vue, l’article 20 de la LIC incarne assez parfaitement la philosophie de la LIC : celle de concilier l’ouverture aux capitaux étrangers avec les objectifs nationaux de conserver dans le giron national des secteurs jugés stratégiques. C’est une tendance qui se généralise au plan mondial. Dans son dernier rapport, la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) relevait à cet égard que même si « la plupart des pays souhaitent attirer et faciliter les investissements étrangers [...], nombre de pays renforcent [leurs] dispositions réglementaires applicables aux investissements étrangers »⁷⁴. Les renforcements les plus notables des législations nationales se situent, comme c’est le cas au Canada, au niveau des procédures de vérification et de contrôle. Les États gardent un œil avisé sur les fusions-acquisitions internationales. De ce point de vue, il apparaît clairement que le risque d’un protectionnisme existe et que certaines de ces mesures sont précisément adoptées à des fins protectionnistes.

On se trouve donc un peu partout dans le nouveau régime dans un schéma d’équilibre entre protectionnisme et ouverture. On en a encore eu ces dernières années des signaux en ce sens. Les tout premiers rejets de projets d’investissements sous la LIC observés dernièrement sont les signes les plus visibles de cette politique d’équilibre. Faut-il voir ici un nouveau revirement de la politique canadienne en matière d’IDÉ ou plus simplement la volonté de se conformer à un encadrement plus strict? La question est importante puisqu’elle renvoie à l’objectif même de la LIC, à savoir faire du Canada un territoire attractif pour les investissements étrangers.

B) Le Canada à l’épreuve de l’attractivité en matière d’IDÉ

Si les orientations politiques de la LIC militent en faveur d’une plus grande ouverture, la réalité n’est pas toujours au diapason de ces objectifs de sorte que le Canada peine toujours à se présenter sur la scène internationale comme l’une des destinations les plus propices à l’IDÉ. Du moins, c’est le constat qui peut être fait si l’on apprécie la politique canadienne de l’IDÉ au regard des critères internationaux en matière d’attractivité des IDÉ.

1) Situer le niveau d’attractivité du Canada

La question de l’attraction est récurrente en matière d’IDÉ notamment en raison de la difficulté des commentateurs et observateurs de la vie économique internationale à en déterminer clairement les contours. De la sorte, plusieurs organisations internationales ont tenté d’établir des standards auxquels se

⁷³ Patterson et Band, *supra* note 43 aux pp 11-23.

⁷⁴ CNUCED, *supra* note 16.

référer⁷⁵. À défaut de faire l'unanimité, ces standards permettent toutefois aux investisseurs et aux États de déterminer les orientations générales de leurs stratégies ainsi que de leurs politiques en matière d'IDÉ.

Les données fournies par l'OCDE seront importantes pour situer le niveau d'attractivité du Canada puisqu'elles continuent de servir de point de référence pour plusieurs observateurs et commentateurs qui évaluent le régime canadien d'examen des investissements étrangers⁷⁶. Pour notre part, cette méthodologie de l'OCDE prend une importance particulière puisque la présente étude s'intéresse exclusivement au cadre juridique de l'investissement étranger au Canada pour en évaluer l'attractivité.

Selon l'OCDE, en se basant sur le modèle de classement fondé sur l'évaluation du cadre réglementaire formel des États, on arrive à la conclusion que le Canada fait partie des pays les plus restrictifs comparativement à l'ensemble des pays industrialisés. L'OCDE considère qu'en comparaison avec la France, l'Allemagne, l'Italie ou les États-Unis, le Canada semble plus rétif à l'entrée des investisseurs étrangers sur son territoire⁷⁷.

Abondant dans le même sens, Assaf et McGillis soulignaient dans une étude parue en 2013 que, bien que le Canada ait formellement rejeté seulement deux propositions d'investissements depuis l'introduction de la législation canadienne en matière d'examen des investissements en 1973, il est considéré comme l'un des pays les plus restrictifs de l'OCDE⁷⁸. Et en dehors des pays membres de l'OCDE, le Canada se classe comme étant plus restrictif en moyenne que 14 autres économies⁷⁹.

⁷⁵ Quatre principales organisations internationales onusiennes à vocation économique établissent différentes modalités pour apprécier le niveau d'attractivité ou la performance des politiques nationales en matière d'investissement étranger. Il s'agit de l'OCDE, de la Banque mondiale (BM), du Fonds monétaire international (FMI) et de la Conférence des Nations-Unies pour le commerce et le développement (CNUCED). Le modèle OCDE est fondé sur l'*indice des restrictions à l'IDÉ*, la BM quant à elle, publie un rapport intitulé *Investing Across Borders* dans lequel elle compare les réglementations de l'IDÉ dans le monde à partir de quatre indicateurs : *Investing Across Sectors—Starting a Foreign Business—Accessing Industrial Land—Arbitrating Commercial Disputes*. Le FMI établit un classement annuel par le biais de son *FDI Performance Index*. En ce qui concerne la CNUCED, elle publie annuellement un « rapport sur l'investissement dans le monde » qui fournit des données analytiques sur l'état global des IDÉ à travers la planète.

⁷⁶ Voir, à ce sujet, la synthèse présentée par J Anthony VanDuzer, « Mixed Signals: What Recent Developments Tell Us About Canadian Foreign Investment Policy » (2010) 10 *Asper Rev Intl Bus & Trade L* 247 à la p 247.

⁷⁷ Kalinova, Palerm et Thomsen, *supra* note 14; Telles que résumées dans Frigon, *supra* note 41 à la p 9.

⁷⁸ Assaf et McGillis, *supra* note 39 à la p 24; Se fondant sur les données de l'OCDE dans: Kalinova, Palerm et Thomsen, *supra* note 14.

⁷⁹ Bergevin et Schwanen, *supra* note 13 à la p 6.

Pour établir un classement par pays des restrictions à l'investissement, l'OCDE emploie un modèle de référence appelé l'« *indice des restrictions à l'investissement direct étranger* ». L'indice « permet de déterminer dans quelle mesure un pays restreint l'IDÉ par sa réglementation »⁸⁰. L'indice est établi en fonction de quatre principaux types de restriction à l'IDÉ, à savoir « foreign equity limitations—screening or approval mechanisms—restrictions on the employment of foreigner as key personnel [and] operational restrictions, e.g. restrictions on branching and on capital repatriation or on land ownership »⁸¹. L'indice retenu par l'OCDE s'intéresse ainsi particulièrement, si ce n'est exclusivement, au cadre réglementaire du pays considéré et ne s'attarde pas sur d'autres considérations liées au climat général des affaires dans le pays, à la situation géographique ou aux relations que le pays peut entretenir avec ses voisins. L'indice OCDE s'attache à mesurer les restrictions à l'IDÉ à partir du cadre législatif et réglementaire applicable⁸² même si l'Organisation internationale considère que la prise en compte d'autres facteurs peut être utile. Mais elle explique assez précisément sa méthodologie:

The FDI Index is not a full measure of a country's investment climate. A range of other factors come into play, including how FDI rules are implemented. Entry barriers can also arise for other reasons, including state ownership in key sectors. A country's ability to attract FDI will be affected by factors such as the size of its market, the extent of its integration with neighbours and even geography... Nonetheless, FDI rules are a critical determinant of a country's attractiveness to foreign investors. Furthermore, unlike geography, FDI rules are something over which governments have control. FDI restrictions tend to arise mostly in primary sectors such as mining, fishing and agriculture, but also in media and transport.⁸³

Il appert donc que malgré l'importance qui pourrait être accordée aux facteurs internes et externes à un territoire donné, la nature du cadre juridique en vigueur en matière d'IDÉ est déterminante et influence fortement les capacités attractives de ce territoire.

Ce facteur déterminant du cadre juridique explique pourquoi la doctrine fait abondamment référence à l'indice développé par l'OCDE même si elle se montre parfois très critique. Par exemple, Frigon, en s'intéressant aux dénonciations faites par l'OCDE quant aux restrictions quantitatives qui subsistent généralement dans certaines législations, considère qu'« il faut se montrer prudent dans l'interprétation de l'indice de l'OCDE ». Pour lui,

⁸⁰ Frigon, *supra* note 41 à la p 8.

⁸¹ OCDE, « FDI Regulatory Restrictiveness Index », en ligne: <www.oecd.org/ir/investissement/fdiindex.htm>.

⁸² Pour plus de précisions sur l'indice de l'OCDE, voir notamment Kalinova, Palerm et Thomsen, *supra* note 14.

⁸³ OCDE, *supra* note 81.

« tout exercice visant à quantifier des restrictions qualitatives est forcément subjectif »⁸⁴. Certaines critiques sont plus précises et se concentrent davantage sur le fait que l'indice de l'OCDE ne se cantonne qu'au cadre législatif et réglementaire des États sans tenir compte des modalités de mise en œuvre de celui-ci. C'est la position d'auteurs comme Assaf et McGillis qui considèrent que le piètre classement du Canada en ce qui concerne son attractivité pour les IDÉ s'explique en partie par l'absence d'évaluation par l'OCDE de la mise en œuvre pratique au Canada des règles portant sur le contrôle de l'investissement étranger⁸⁵. Pour ces deux auteurs, « the OECD ignores each country's restrictiveness in practice and measures only the formal legal framework for FDI across a series of comparable industries »⁸⁶.

Ces critiques rejoignent dans une certaine mesure les conclusions du Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence mis en place par le gouvernement fédéral en 2007 (ci-après « le Groupe »). En effet, le Groupe rejette catégoriquement le mode de classement de l'OCDE considérant que les conclusions auxquelles son indice parvient ne correspondent pas à la réalité⁸⁷. Pour les auteurs du rapport, bien que la part de l'IDÉ canadien à l'échelle mondiale ait chuté, « l'ensemble de l'IED fait au Canada par rapport au produit intérieur brut est relativement élevé pour un pays industrialisé, soit deux fois plus important que celui des États-Unis et douze (12) fois plus important que celui du Japon ». Le Groupe corrobore son constat à partir des travaux du *Conference Board* qui considère que « lorsque l'on tient compte des pratiques courantes en matière d'investissement étranger, l'impact de l'intervention du gouvernement canadien ne diffère pas beaucoup de celui des autres pays industrialisés »⁸⁸. Le Groupe ne considère donc pas la LIC comme un obstacle à l'IDÉ. Il se fonde, pour en venir à cette conclusion, sur le faible nombre de rejets d'investissements⁸⁹. Le Groupe rejette la perception, y compris celle de

⁸⁴ Frigon, *supra* note 41 à la p 8.

⁸⁵ Assaf et McGillis, *supra* note 39 à la p 24.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Rapport Wilson, *supra* note 19 à la p 34.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ À ce titre, Riley fait remarquer que « [t]his claim is based, in part, on the fact that, notwithstanding declining levels of foreign direct investment in Canada, only one non-cultural investment has been disallowed by the Minister under the ICA since 1985 and that Canada's total stock of inbound foreign direct investment as a proportion of gross domestic product is relatively high among industrialized countries, twice as high as the United States and 12 times as high as Japan » (Y Beth Riley, « Foreign Direct Investment Restrictions in Canada. Investing Across Borders: The World Bank Group Findings and Reactions From Different Countries », Réunion du printemps 2011, présentée à l'American Bar Association (Section of International Law), Washington DC, mars 2011 à la p 14 [non publiée], en ligne: Bennett Jones <www.bennettjones.com/uploadedFiles/Publications/Articles/IAB%20-%20paper%20-%20final.pdf>).

l'OCDE, à l'effet que la LIC constitue un frein excessif à l'investissement étranger⁹⁰. Le Groupe souligne que le Canada est un des rares pays avec l'Australie à disposer d'un processus formel d'examen pour les acquisitions dépassant un certain seuil. Il affirme que « [c]ette démarche est plus explicite et transparente que celle de nombreux autres pays, qui se fient à des barrières informelles aux investissements étrangers »⁹¹.

Il est vrai qu'en basant l'indice de classement exclusivement sur une analyse du cadre législatif et réglementaire des pays considérés, plusieurs éléments qui ne peuvent apparaître dans une législation, mais qui influent directement sur l'admission des investisseurs étrangers, peuvent échapper aux radars de l'analyse. Mais encore faut-il pouvoir identifier clairement ces éléments qui impacteraient sur l'attractivité.

C'est l'exercice auquel se livrent Bergevin et Schwanen⁹² qui résument en deux catégories les séries d'éléments à considérer : il s'agit d'une part des obstacles informels qui n'apparaissent pas dans une loi ou un règlement quelconque. D'autre part, le caractère plus ou moins transparent, restrictif ou arbitraire d'un processus d'examen de l'IDÉ pourra avoir une influence sur le niveau d'attractivité. Les auteurs s'empressent toutefois de relativiser ces critiques considérant qu'en dépit de celles-ci, le classement du Canada laisse à désirer lorsque comparé à des pays similaires. Le pays de référence généralement cité est l'Australie puisqu'il s'agit de deux régimes juridiques de l'investissement assez semblables. Et lorsque l'on compare le niveau d'attractivité du Canada à celui de l'Australie qui dispose d'un régime d'IDÉ comparable à celui du Canada, les auteurs arrivent à la conclusion que le Canada demeure un pays restrictif à l'IDÉ⁹³.

2) Un régime canadien de l'IDÉ restrictif même au-delà de l'indice de l'OCDE

C'est aussi la conclusion à laquelle parvient la Banque mondiale alors même qu'elle semble avoir pris en considération une série de facteurs qu'on ne retrouve pas dans l'indice OCDE. Pour mener son analyse sur l'attractivité des États, la Banque mondiale se fonde sur des éléments très détaillés qui débordent largement l'indice OCDE. Les éléments d'analyse de la Banque mondiale se présentent comme suit : « quantitative indicators on economies' laws, regulations, and practices affecting how foreign companies

⁹⁰ Rapport Wison, *supra* note 19 à la p 34.

⁹¹ *Ibid* à la p 35.

⁹² Bergevin et Schwanen, *supra* note 13 aux pp 6–7.

⁹³ *Ibid* à la p 7.

invest across sectors, start businesses, access industrial land, and arbitrate commercial disputes »⁹⁴.

Il apparaît donc que la Banque mondiale ne se limite pas à analyser exclusivement le cadre législatif et réglementaire relatif à l'IDÉ du pays. Elle prend en considération une série d'autres facteurs tels que les données quantitatives, les pratiques observables dans le monde des affaires, les mécanismes de démarrage des entreprises, l'accès aux titres fonciers et les mécanismes de règlement des différends accessibles aux investisseurs étrangers. Il est clair qu'en ayant un portrait plus global de l'environnement dans lequel évoluent les investisseurs étrangers et les régimes spécifiques auxquels sont soumis certains secteurs, on peut dégager un portrait plus proche de la réalité.

C'est Riley⁹⁵ qui résumera assez précisément les conclusions du rapport de la Banque mondiale. On y apprend que si les pays membres de l'OCDE avaient peu de restrictions sur la propriété étrangère, le Canada en dispose davantage dans des secteurs variés comme peuvent l'attester ses législations dans les secteurs de la télécommunication⁹⁶, du transport aérien ou des banques par exemple. Depuis 2009 toutefois, la Loi dite d'exécution du budget de 2009⁹⁷ a apporté quelques modifications au régime juridique applicable aux investissements étrangers dans les secteurs du transport, des services financiers et de la production de l'uranium. Les modifications ont permis d'éliminer les seuils inférieurs d'examen qui y étaient applicables en les faisant passer à des seuils nettement plus importants. Les trois secteurs sont ainsi passés au seuil général d'examen pour les investissements étrangers en provenance de pays membres de l'Organisation mondiale du commerce.

Riley rapporte également que le Canada apparaît plus ouvert que d'autres pays à revenus élevés dans le foncier puisque le régime de location ou d'acquisition des terres publiques est le même pour les investisseurs locaux et ceux étrangers⁹⁸. Par contre, le Canada apparaît comme l'un des pays où l'établissement d'entreprise est plus aisé et malgré la procédure

⁹⁴ World Bank Group, « Investing Across Borders—Indicators of Foreign Direct Investment Regulation », 2014, en ligne : <www.iab.worldbank.org/>; voir également Riley, *supra* note 89 à la p 2.

⁹⁵ Riley, *supra* note 89 à la p 2.

⁹⁶ Industrie Canada, *Ouvrir les portes à l'investissement étranger dans les télécommunications : options de réformes*, Document de consultation, no de catalogue Iu173-2/2010F-PDF, Ottawa juin 2010, en ligne : <[www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/InvestissementTelecommunications-fra.pdf/\\$file/InvestissementTelecommunications-fra.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/smt-gst.nsf/vwapj/InvestissementTelecommunications-fra.pdf/$file/InvestissementTelecommunications-fra.pdf)>.

⁹⁷ *Loi d'exécution du budget de 2009*, LC 2009, c 2.

⁹⁸ Riley, *supra* note 89 à la p 6.

d’avis, les investisseurs étrangers sont soumis aux mêmes obligations et procédures que les entreprises locales. Cette remarque omet toutefois de relever la procédure d’examen à laquelle sont assujetties les seules entreprises étrangères d’une certaine taille.

Comme cela a pu être démontré plus tôt, le Canada dispose d’un des régimes les plus restrictifs en matière d’admission des IDÉ du fait notamment de la procédure d’examen des IDÉ d’une certaine valeur et du flou qui peut entourer les critères de l’évaluation du fameux critère de l’avantage net pour le Canada.

C’est désormais autour de ces éléments que vont se concentrer les critiques adressées au régime canadien de l’IDÉ. Malgré les réformes engagées depuis 2007, le Canada continue de traîner l’image d’un État réfractaire à l’IDÉ, image que les dernières décisions de refus d’admission d’IDÉ auront du mal à effacer.

4. Une nécessaire modernisation des critères d’attractivité

L’image d’un pays réfractaire à l’IDÉ, même si elle peut paraître sévère compte tenu des efforts de libéralisation incarnés par les Accords de promotion et de protection de l’IDÉ (APIE)⁹⁹ ainsi que les accords de libre-échange¹⁰⁰ que le gouvernement a négociés ces dernières années, ne saurait s’améliorer si des actions concrètes ne sont pas engagées pour moderniser la LIC. En ce sens, l’opacité entourant le processus de révision inscrit dans la LIC mériterait d’être levée pour permettre au Canada de se hisser au peloton de tête des pays de l’OCDE les plus attractifs.

A) Les difficultés soulevées par l’utilisation de concepts ouverts dans le contexte d’un processus opaque

Depuis l’entrée en vigueur de la LIC en 1985, on considère qu’environ 1664 demandes ont été examinées et approuvées¹⁰¹. De cet ensemble non négligeable, seulement deux demandes d’admission d’IDÉ—mises à part celles visant les entreprises culturelles—auront été formellement refusées en vertu de la LIC. Tous survenus au courant de la dernière décennie,

⁹⁹ À titre d’illustration, on peut citer les APIE Canada–Albanie (2013); APIE Canada–Hong Kong (2015); Canada–Moldavie (2013); Canada–Burkina-Faso (2015).

¹⁰⁰ À titre d’illustration, on peut citer le Partenariat Trans pacifique (2015), l’Accord économique et commercial global entre le Canada et l’Union européenne (2014), l’Accord de libre-échange Canada–Honduras (2014), l’Accord de libre-échange Canada–Panama (2013). L’Accord de libre-échange Canada–Corée (2015).

¹⁰¹ Parlement du Canada, *Nexen et le critère de l’avantage net*, par Mark Mahabir, Ottawa, 31 octobre 2012, en ligne : <www.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/2012-83-f.htm>.

ces refus ont fait grand bruit, non seulement parce qu'ils concernaient des transactions de grande envergure, mais parce qu'ils ont fait prendre conscience aux opérateurs économiques que la LIC n'était pas un « tigre de papier »¹⁰². Plus important encore du point de vue des politiques publiques, ces interventions ont mis en relief les lacunes du cadre juridique de la LIC¹⁰³. Afin de prendre la mesure de ces lacunes, il est opportun de présenter sommairement les acquisitions ayant été bloquées par le gouvernement.

La première acquisition est survenue avant l'entrée en vigueur des modifications de la LIC de 2009. La transaction en cause consiste en l'acquisition de MacDonald, Dettwiler and Associates Ltd. (« MDA »), œuvrant dans le domaine de l'aérospatial, par Alliant Techsystems Inc, une société américaine¹⁰⁴. En mai 2008, le gouvernement canadien a refusé d'autoriser l'acquisition en invoquant l'absence d'avantage net pour le Canada¹⁰⁵. Aucun détail quant à l'analyse sous-jacente ayant permis d'en arriver à cette conclusion n'a alors été publié.

La seconde transaction concerne l'offre publique d'achat de près de 40G\$ de BHP Billiton Ltd. sur Potash Corp.¹⁰⁶ En l'occurrence, le 3 novembre 2010, le gouvernement a formulé un avis préliminaire défavorable en ce que le test de l'avantage net n'était pas rencontré, malgré les engagements substantiels de BHP évalués à plus de 1G\$¹⁰⁷. Même s'il s'agissait d'un avis préliminaire, BHP s'est abstenu de se prévaloir de son droit d'effectuer des représentations, compte tenu du peu d'ouverture manifesté par le ministre. Dans ce contexte, la transaction a été bloquée sans que le gouvernement ne divulgue les raisons justifiant son analyse.

Enfin, en octobre 2013, le gouvernement a rejeté l'acquisition proposée de la division Allstream de Manitoba Telecom Services Inc. (« MTS ») par Accelero Capital Holdings (une entreprise égyptienne) en se fondant sur les dispositions de la LIC concernant la sécurité nationale¹⁰⁸. Le ministre de

¹⁰² Collins, *supra* note 25 à la p 158.

¹⁰³ Voir Assaf et McGuillis, *supra* note 39; AE Safarian, « Simplifying the Rule Book : a Proposal to Reform and Clarify Canada's on inward Foreign Direct Investment » (2015) CD Howe Institute Commentary 425.

¹⁰⁴ Voir Assaf et McGuillis, *supra* note 39 aux pp 11–12.

¹⁰⁵ Industrie Canada, communiqué, « Le ministre de l'Industrie confirme sa décision initiale en ce qui concerne l'acquisition proposée de Macdonald, Dettwiler and Associates Ltd. par Alliant Techsystems Inc. » (8 mai 2008), en ligne: Gouvernement du Canada <www.nouvelles.gc.ca>.

¹⁰⁶ Voir Laura Dawson, *Potash and Blackberries: Should Canada Treat All Foreign Direct Investment the Same?*, McDonald-Laurier Institute, 2012 aux pp 12–14.

¹⁰⁷ Tim Kiladz, « BHP Billiton's \$1 billion Promises », *The Globe and Mail* (15 novembre 2010).

¹⁰⁸ CNUCED, *supra* note 16 à la p 11.

l'Industrie a expliqué ainsi la décision : « MTS Allstream exploite un réseau national de fibre optique qui fournit des services de télécommunications essentiels aux entreprises et aux gouvernements, y compris le gouvernement du Canada »¹⁰⁹. Il s'agissait alors du premier refus fondé sur la sécurité nationale depuis l'introduction de l'examen sous l'angle de la sécurité nationale en 2009.

Ces exemples mettent en exergue deux grandes lacunes du régime actuel de la LIC. D'abord, le traitement de ces transactions fait ressortir les difficultés que soulève l'utilisation de concepts à texture ouverte comme l'avantage net ou la sécurité nationale pour baliser un pouvoir discrétionnaire considérable dans un contexte marqué par des enjeux politiques de haut niveau.

Rappelons que le concept d'avantage net s'apprécie en regard des facteurs énumérés à l'article 20 de la LIC, incluant l'effet de l'investissement sur le niveau et la nature de l'activité économique au Canada (emploi, utilisations de pièces produites au Canada, etc.), l'étendue et l'importance de la participation de Canadiens dans l'entreprise canadienne, l'effet de l'investissement sur la productivité ou le rendement industriel, l'effet de l'investissement sur la concurrence, 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. Toutefois, comme l'ont noté Burney et Ackhurst, ces facteurs demeurent plutôt vagues¹¹⁰. L'auteur Herman abonde en ce sens, soulignant la nécessité de fournir des mesures d'évaluation de notions telles que la « productivité » ou le « rendement industriel »¹¹¹. De son côté, Collins résume ainsi le caractère malléable des facteurs: « the government is not bound by any set formula and can consider a multitude of factors tailored to the specific situation, giving the government broad discretion in its review process »¹¹².

Concrètement, les dossiers MDA et Potash Corp. font ressortir le caractère incertain et malléable du concept d'avantage net. S'agissant de la prise de contrôle de MDA par Alliant Techsystems, force est de reconnaître que l'opération peut difficilement être analysée d'un point de vue purement

¹⁰⁹ Industrie Canada, communiqué, « Déclaration de l'honorable James Moore concernant l'acquisition proposée de la division Allstream de Manitoba Telecom Services Inc. par Accelero Capital Holdings » (7 octobre 2013), en ligne : <www.nouvelles.gc.ca/web/article-fr.do?nid=778709>.

¹¹⁰ Derek H Burney et Kevin D Ackhurst, « Canadian Protectionism? Political and Legal Considerations for Foreign Investment In Canada », *Options politiques* (1^{er} novembre 2011) 58 à la 60. Voir aussi, Riley, *supra* note 89 à la p 9.

¹¹¹ Herman, *supra* note 40 à la p 7. Voir aussi Safarian, *supra* note 103 à la p 14.

¹¹² Collins, *supra* note 25 à la p 147.

économique compte tenu du secteur d'activité de l'entreprise. MDA est un chef de file canadien de l'aérospatial. Elle possède et exploite le satellite Radarsat-2. Radarsat-2 est un satellite radar commercial qui offre de puissantes capacités technologiques de surveillance environnementale, maritime et des glaciers. En ce sens, MDA est une entreprise dont les missions sont à la fois essentielles pour le secteur aéronautique canadien et géostratégiques pour le Canada. Par conséquent, l'acquisition de MDA aurait mis entre les mains d'une entreprise américaine des outils technologiques essentiels au maintien des frontières canadiennes¹¹³. Il apparaît donc clairement que le principal motif de blocage de cette transaction par le gouvernement canadien n'était pas économique comme le prévoit la LIC¹¹⁴, mais davantage sécuritaire, voire politique ou géopolitique¹¹⁵.

L'examen de la tentative de prise de contrôle de Potash Corp. a pour sa part montré comment le concept d'avantage net est susceptible d'être « enrichi » par des facteurs extrinsèques aux dispositions légales¹¹⁶. En l'occurrence, s'est posée la question de la place des concepts de « ressources stratégiques » et « d'actifs stratégiques » évoqués par différents intervenants politiques provinciaux¹¹⁷. Ces concepts rappellent celui « d'industrie stratégique » employé en Europe. Ils renvoient aussi à un critère auparavant employé pour des secteurs d'activités particuliers, tels que les services financiers et les industries culturelles. Mais comme ils ne font pas partie des facteurs précisant la notion d'avantage net, ces concepts ne doivent pas être considérés lors de l'analyse des IDÉ. Bien que le ministre de l'Industrie ait rappelé ceci, ces concepts ont continué d'être évoqués dans le contexte d'opération visant le Saskatchewan Wheat Pool Board, le Groupe TMX et Rona¹¹⁸.

Pour sa part, le dossier MTS permet de constater que le critère basé sur la sécurité nationale, introduit à l'occasion de la modification de la LIC en 2009¹¹⁹, est tout aussi fuyant. Puisque la notion même de sécurité

¹¹³ Fondation Asie Pacifique du Canada, *Fiche d'information : les investissements directs étrangers au Canada*, Le dialogue canadien sur l'Asie, en ligne : <www.asiapacific.ca/sites/default/files/internal/2_fdi_in_canada_083112_frfinal_updated.pdf>.

¹¹⁴ LIC, *supra* note 7, art 20–21.

¹¹⁵ Safarian, *supra* note 103 à la p 7.

¹¹⁶ Pierre Fournier-Simard et Matthew T Oliver, « Une analyse critique du cadre juridique des investissements étrangers au Canada à la lumière de l'affaire PotashCorp » (2011) 2 :2-3 Bull DE 13.

¹¹⁷ Assaf et McGuillis, *supra* note 39 à la p 13.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Parlement du Canada, *Projet de loi C-59 loi modifiant la loi sur investissement Canada*, par Andrew Kitching, Ottawa, 14 octobre 2005, en ligne : <www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills_ls.asp?Language=F&ls=C59&Mode=1&Parl=38&Ses=1&source=library_prb#AModifications>.

nationale n'est pas définie dans la Loi, le ministre dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour déterminer ce qu'il veut bien y inscrire. VanDuzer souligne à ce titre que « [t]he amendments do not provide any guidance regarding what kinds of investments may be considered to be injurious to Canadian national security ».

Il s'agit là bien naturellement d'un levier de plus laissé à la disposition du ministre responsable pour préserver certains secteurs de la concurrence internationale, ou simplement pour empêcher certains investissements de s'opérer au Canada. Cette « précaution » est de bonne guerre, le Canada ayant des intérêts légitimes à préserver, mais contribue à renforcer l'image d'un Canada hostile aux IDÉ. Ces dernières années, les circonstances dans lesquelles certaines transactions importantes n'ont pu se réaliser au Canada et l'impression d'une politisation accrue du processus d'examen des IDÉ qui peut s'en dégager n'auront pas contribué à rehausser le niveau de transparence ni la confiance des investisseurs étrangers¹²⁰.

En second lieu, l'ensemble de ces transactions illustre l'opacité du processus de révision. Comme l'ont noté plusieurs observateurs, le gouvernement n'a pas fourni de justifications détaillées au soutien de ses décisions concluant en l'absence d'avantage net pour le Canada¹²¹. En effet, mis à part ce qui peut être déduit du communiqué de presse du ministre à l'égard de la transaction MTS et des communiqués de presse entourant le rejet par le ministre de l'acquisition de MDA, on ne dispose que de peu de directives du gouvernement canadien quant au type d'opérations qui sont plus susceptibles d'attirer l'attention en matière de sécurité nationale.

L'opacité entretient des perceptions défavorables quant au processus, comme le notent Assaf et McGillis: « Perceptions that Industry Canada did not provide sufficiently detailed explanations of why these three transactions were not of net benefit to Canada caused concern over the potential uncertainty being communicated to foreign investors interested in the Canadian market ». Malgré les critiques du rapport Wilson et les révisions législatives de 2009 et en 2012, le manque de transparence entourant le processus d'examen des IDÉ demeure une réalité du processus canadien de révision des IDÉ.

B) Le resserrement des règles applicables aux sociétés d'État étrangères

Ces dernières années, l'évolution des relations économiques internationales caractérisée par l'émergence sur la scène internationale d'acteurs

¹²⁰ Pour un exemple récent, voir Jeff Gray, « National security' review a warning to investors », *The Globe and Mail* (1^{er} juillet 2015) B1.

¹²¹ Herman, *supra* note 40 à la p 4; Shawn McCarthy, « Canada can reject foreign investment on grounds of national security », *The Globe and Mail* (13 février 2011).

nouveaux¹²² a transformé la nature des rapports des États avec les IDÉ. En investissant massivement des fonds publics par le biais d'entreprises d'États dans des économies étrangères, les pays émergents se sont non seulement invités dans des opérations autrefois réservées à des États développés, mais ont également bouleversé profondément les trajectoires classiques des investissements étrangers directs. Ces changements ont exigé de la part de nombreux États des mesures d'adaptations importantes.

Au Canada plus particulièrement, le gouvernement a exprimé des préoccupations quant aux motivations animant les décisions des sociétés d'État étrangères (SÉÉ) qui pourraient être guidées par des impératifs politiques plutôt que commerciaux allant à l'encontre des intérêts canadiens¹²³. Considérant que le cadre juridique canadien des IDÉ s'arrimait mal avec l'implication sur la scène nationale de ces investisseurs étrangers d'un nouveau genre, le gouvernement a procédé à l'adoption de mesures diverses dont les plus emblématiques dans le domaine des IDÉ visent justement ces sociétés d'État étrangères.

En effet, dès décembre 2007 sont adoptées les Lignes directrices pour l'examen des IDÉ spécifiques aux sociétés d'État étrangères. L'objectif affiché par le gouvernement visait principalement, conformément à l'article 38 de la LIC¹²⁴, à clarifier la politique canadienne en matière d'acquisition et de contrôle d'entreprises par des SÉÉ. En l'occurrence, le ministre doit déterminer « si l'investisseur respecte les normes canadiennes de gouvernance d'entreprise et si l'entreprise canadienne, si elle est acquise, continuera de pouvoir être exploitée de façon commerciale »¹²⁵. Les Lignes directrices permettront ainsi d'examiner la nature et la portée du contrôle exercé par les gouvernements étrangers, les pratiques des sociétés d'État étrangères sur les plans de la gouvernance et du fonctionnement ainsi que la possibilité de poursuivre l'exploitation commerciale de l'entreprise canadienne visée par l'acquisition¹²⁶.

¹²² Brésil, Russie, Inde, Chine, Afrique du Sud (BRICS).

¹²³ Canada, *Déclaration du Premier ministre du Canada sur l'investissement étranger*, 7 décembre 2012 ; Jeff Singer et Sandra Walker, « Canada's Position: Sovereign Wealth Funds » (2008) 27 *Intl Fin L Rev* 23; Jackie VanDerMeulen et Michael J Trebilcock, « Canada's Policy Response to Foreign Sovereign Investment : Operationalizing National Security Exceptions », (2009) 47 *Can Bus LJ* 392 aux pp 401–404.

¹²⁴ LIC, *supra* note 7, art 38 : « Le ministre peut établir et publier, de la façon qu'il estime indiquée, des principes directeurs et des notes explicatives sur l'application et l'administration d'une disposition de la présente loi ou des règlements. »

¹²⁵ Industrie Canada, *Loi sur investissement Canada. Rapports annuels 2010–2011, 2011–2012, 2012–2013*, Ottawa, en ligne : <www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/fra/h_1k81149.html>.

¹²⁶ Industrie Canada, *Loi sur investissement Canada. Rapport annuel 2009–2010*, Ottawa, en ligne : <www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/fra/h_1k81127.html>.

De prime abord, l'intention semble bonne puisqu'elle s'inscrit théoriquement dans une logique de bonne gouvernance, ce qui a pu justifier d'autres mises à jour en 2009 et en 2012. Ainsi, les modifications législatives de 2013 ont permis d'établir un seuil distinct relatif à l'avantage net pour les investisseurs du secteur privé de pays membres de l'OMC. Pour les SÉÉ, la détermination de l'avantage net pour le Canada tiendra compte désormais de la valeur des actifs. La LIC définit également la notion d'entreprise d'État, qui est selon le cas :

- a) le gouvernement d'un État étranger ou celui d'un de ses États ou d'une de ses administrations locales, ou tout organisme d'un tel gouvernement; b) une unité contrôlée ou influencée, directement ou indirectement, par un gouvernement ou un organisme visés à l'alinéa a); c) un individu qui agit sous l'autorité d'un gouvernement ou d'un organisme visés à l'alinéa a) ou sous leur influence, directe ou indirecte.¹²⁷

Cette définition apparaît suffisamment englobante pour permettre au ministre « de décider ou de déclarer qu'une entité est contrôlée de fait par une SE »¹²⁸. Ce qui est plus intrigant, c'est le contexte qui a précédé l'adoption des modifications législatives et des « améliorations » aux Lignes directrices portant sur les SÉÉ. En effet, la série d'acquisitions intervenues au cours des années 2011–2012 semble avoir fortement influencé les pouvoirs publics dans leur décision de réviser en décembre 2012 les Lignes directrices sur les SÉÉ. Au cours de cette période, plusieurs opérations ont été initiées par des SÉÉ dont des SÉÉ chinoises et malaisiennes, notamment. On se souviendra qu'en novembre 2011, la China National Offshore Oil Corporation (CNOOC) acquérait OPTI Canada Inc. et la China PetroChemical Corporation (SINOPEC Group) acquérait Daylight Energy Ltd. À peine une année plus tard, la CNOOC acquiert pour 17,11 milliards de \$ l'entreprise canadienne Nexen puis une autre société d'État étrangère (Malaisie), PETRONAS, acquiert Progress Energy.

Ces transactions n'ont pu laisser le gouvernement indifférent et ne peuvent ne pas avoir joué un rôle dans la décision du gouvernement fédéral de procéder à des révisions supplémentaires des Lignes directrices en 2012. Ce qui est frappant, c'est que les opérations en cause atteignent des valeurs historiques dans l'histoire des acquisitions d'entreprises canadiennes par des SÉÉ. De plus, elles interviennent dans le secteur des ressources naturelles, l'un des secteurs les plus stratégiques de l'économie canadienne. C'est ce qui explique en grande partie que de nombreux observateurs aient pu interpréter ces révisions comme une réaction gouvernementale basée

¹²⁷ LIC, *supra* note 7, art 3.

¹²⁸ Industrie Canada, *Loi sur investissement Canada. Rapport annuel 2013–2014*, Ottawa, en ligne : <www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/fra/1k81160.html#s1.1>.

sur des craintes injustifiées à l'endroit des investisseurs étatiques étrangers. Pour Steger, par exemple :

The guidelines were the result of a commitment by the federal government in its economic plan, "Advantage Canada," to address the concern that some investments by SOEs in Canada may not be to the benefit of Canadians. Ottawa's main worry was that some companies controlled by foreign governments may have "unclear corporate governance and reporting" and may not operate with "commercial" objectives.¹²⁹

Pour VanDuzer, la démarche du gouvernement fédéral est purement opportuniste puisqu'elle vise principalement à répondre aux préoccupations soulevées par les dernières acquisitions faites par des SÉÉ¹³⁰.

De façon complémentaire aux facteurs du test de l'avantage net, le gouvernement a jugé opportun d'articuler des critères précis applicables spécifiquement aux sociétés d'État. Selon les Lignes directrices, le ministre, lorsqu'il évalue si l'acquisition ou la prise de contrôle par une SÉÉ est vraisemblablement à l'avantage net du Canada, verra aussi à examiner la gouvernance de l'investisseur (et de l'entité qui la contrôle)¹³¹. Les Lignes directrices requièrent que la SÉÉ adhère aux standards canadiens en matière de gouvernance et aux lois et pratiques canadiennes¹³². L'examen se penchera sur la portée—et la façon dont—la SÉÉ est possédée ou contrôlée par un État¹³³.

Le nouveau cadre juridique dans lequel opèrent les sociétés d'État étrangères peut paraître suffisamment délimité et encadré pour conférer un certain droit de regard au gouvernement fédéral sur la nature et les activités des SÉÉ qui entrevoient d'investir au Canada. En se réfugiant derrière la nécessité de tenir compte des principes sains de bonne gouvernance d'entreprise au moment d'examiner les investissements de sociétés d'État

¹²⁹ Steger, *supra* note 34.

¹³⁰ Pour VanDuzer, *supra* note 76: «These Guidelines were adopted largely to respond to concerns that acquisitions of Canadian businesses in the resource sector by foreign SOEs could result in decisions regarding the management of Canadian resources being made in accordance with the policies of the government in the SOE's home state rather than purely commercial considerations or Canadian policy priorities ».

¹³¹ Tel que résumé dans, Riley, *supra* note 89 à la p 3; Voir aussi Steger, *supra* note 34 à la p 7; VanDuzer, *supra* note 76 à la p 252.

¹³² Innovation, Sciences et Développement économique Canada, « Lignes directrices sur les investissements au Canada par des entreprises d'état étrangères—évaluation des avantages nets », *Tous les principes directeurs. Industrie Canada. Loi sur Investissement Canada*, en ligne : <www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/fra/lk00064.html#p2>.

¹³³ *Ibid.*

étrangères, le gouvernement canadien se dote de moyens supplémentaires de contrôle des activités des SÉÉ.

Néanmoins, l'approche retenue suscite des critiques. L'auteur Safarian remarque que les Lignes directrices imposent des exigences de rendement qui ne s'appliqueraient pas aux entreprises canadiennes : « Many privately owned Canadian firms, some quite large, would fail to meet some of these tests »¹³⁴. De plus, il estime que les Lignes directrices compliquent la formulation et l'évaluation des opérations¹³⁵. Cet avis est partagé par Steger qui met en doute la véritable contribution des Lignes directrices visant les SÉÉ: « The question that arises is whether these guidelines bring greater clarity or greater uncertainty to the existing ICA review procedures and whether a specially designated category of SOE was really necessary »¹³⁶. Dans ces conditions, il apparaît plus que nécessaire de moderniser la législation canadienne en matière d'IDÉ.

C) Un cadre juridique perfectible

Selon l'OCDE, le Canada est un des pays les plus restrictifs en matière d'investissements étrangers en raison des barrières érigées par le système de révision des investissements. Au cours de la dernière décennie, plusieurs tentatives d'acquisition de sociétés canadiennes par des entreprises étrangères ont fait ressortir concrètement les lacunes du système. La participation croissante des SÉÉ au marché des fusions et acquisitions n'a fait qu'exacerber les tensions.

Dans ce contexte se pose d'abord la question de l'opportunité d'encadrer les IDÉ. En mai 2015, dans une étude publiée sous l'égide de l'Institut CD Howe, l'auteur Safarian soutient que le temps est venu de mettre un terme au processus de révision des IDÉ fondé sur le critère d'avantage net¹³⁷. Seuls subsisteraient les régimes visant des industries particulières ainsi que la révision des investissements au regard du critère de sécurité nationale. Autrement dit, il incomberait aux conseils d'administration des sociétés canadiennes ciblées par des offres d'achat étrangères de fermer la porte, le cas échéant. À cette fin, Safarian prône l'accroissement de la sphère discrétionnaire des administrateurs dans l'évaluation des offres d'achat.

Tout en reconnaissant l'importance des IDÉ de même que les lacunes de la LIC, nous estimons que la mise au rancart du processus de révision proposée par Safarian n'est pas souhaitable. En effet, plusieurs

¹³⁴ Safarian, *supra* note 103 à la p 9. Voir aussi Wendy Dobson, « China's State-Owned Enterprises and Canada's FDI Policy » (2014) SPP Research Papers 7-10 à la p 20.

¹³⁵ *Ibid* à la p 11.

¹³⁶ Steger, *supra* note 34 à la p 9.

¹³⁷ Safarian, *supra* note 103.

caractéristiques économiques et institutionnelles du Canada justifient l'existence d'un mécanisme de révision des IDÉ visant à s'assurer que ceux-ci concordent avec l'intérêt national¹³⁸. À titre d'exemple, citons la petite taille de l'économie canadienne, le petit nombre de grandes entreprises ou la place prépondérante du secteur des ressources naturelles. De plus, force est de constater que les Autorités canadiennes en valeurs mobilières demeurent réticentes à libéraliser l'encadrement des mesures défensives par les conseils d'administration visant à empêcher les prises de contrôle inamicales, qu'elles proviennent d'acquéreurs nationaux ou étrangers.

Tenant pour acquis qu'il est opportun pour le Canada de disposer d'un mécanisme de révision des IDÉ, se pose alors la question de l'amélioration du régime de la LIC alors que la part du Canada dans les IDÉ est en constant déclin depuis 30 ans.

Une première difficulté mise en relief ci-dessus concerne les critères d'approbation prévus par la LIC. Le critère général, celui de l'avantage net, a fait l'objet de nombreuses critiques. Faut-il pour autant le remplacer par un autre concept, comme celui de l'intérêt national proposé par Bergevin et Schwanen¹³⁹? À l'instar de plusieurs observateurs¹⁴⁰, nous ne privilégions pas cette avenue. Avoir recours à un nouveau concept d'évaluation ne mettra pas fin aux incertitudes puisque, de par sa nature, un concept ne peut se définir avec précision. De fait, l'incertitude pourrait bien s'accroître puisque l'expérience antérieure ne serait plus pertinente pour cerner le nouveau concept.

Nous estimons plutôt qu'il est préférable de maintenir le critère de l'avantage net, qui offre la flexibilité nécessaire pour traiter d'enjeux complexes, tout en le balisant pour accroître la prévisibilité et réduire la perception d'arbitraire. Il s'agirait donc pour le ministre d'énoncer des lignes directrices précisant les facteurs énumérés par la LIC et pris en compte lors de l'examen au regard du test de l'avantage net. À cette occasion pourrait être précisée la place des objectifs de politique publique en matière environnementale, fiscale et commerciale. Enfin, les lignes directrices pourraient clairement préciser que la notion « d'actifs stratégiques » n'influe pas sur l'analyse du ministre dans le cadre de ce test.

Le critère de la sécurité nationale soulève aussi des critiques. À nouveau, la tension se situe entre la flexibilité et la prévisibilité. S'il est certes hasardeux de tenter de définir la notion de sécurité nationale¹⁴¹, en

¹³⁸ Voir en ce sens : Assaf et McGuillis, *supra* note 39; Dawson, *supra* note 106.

¹³⁹ Bergevin et Schwanen, *supra* note 13.

¹⁴⁰ Assaf et McGuillis, *supra* note 39 à la p 9; Frigon, *supra* note 41; Herman, *supra* note 40.

¹⁴¹ Herman, *supra* note 40 à la p 11.

particulier dans un texte législatif, il n'en demeure pas moins nécessaire de fournir des balises permettant aux opérateurs économiques d'apprécier les contours de la notion. Tel que souligné par Schwanen:

Canada, however, should do more to clarify what it will construe as threats emanating from foreign investment, as does the US, for example. A distinction needs to be made between foreign investments that enable a foreign power to have access to sensitive intangible assets, such as information, that can be accessed at the flick of a switch, and investments in immoveable assets or in know-how that pose no such threat.¹⁴²

Les balises pourraient être formulées dans des lignes directrices publiques rédigées à la lumière de la notion de sécurité nationale présente dans les traités internationaux auxquels le Canada est partie, comme l'ALÉNA ou le traité de l'OMC¹⁴³. L'expérience états-unienne serait également pertinente pour l'élaboration des lignes directrices, notamment les facteurs énoncés dans le *Exon-Florio Act*, le *USA Patriot Act of 2001* et le *Homeland Security Act of 2002*¹⁴⁴.

Bien que l'étude détaillée de ces facteurs dépasse le cadre de notre analyse, nous pouvons citer quelques exemples qui illustrent l'intérêt des balises proposées par ces régimes¹⁴⁵. Ainsi, en vertu de ces lois, parmi les éléments pouvant être considérés pour définir la sécurité nationale, citons: i) le fait que la production des biens soit requise pour la défense nationale; ii) l'influence du contrôle étranger sur la capacité des États-Unis à faire face aux besoins en sécurité nationale; iii) la présence d'une infrastructure névralgique, notamment dans le secteur de l'énergie; iv) la participation d'une entité contrôlée par un gouvernement étranger et l'adhésion du pays étranger à des ententes de non-prolifération nucléaire, de coopération à des activités antiterroristes et de contrôle des exportations; v) l'impact possible de l'acquisition sur la fourniture de biens, d'équipements ou de technologies militaires à un pays menaçant les intérêts régionaux des États-Unis sur le plan militaire¹⁴⁶.

¹⁴² Daniel Schwanen, *Speed Dating or Serious Courtship? Canada and Foreign State-Owned Enterprises* (e-brief), CD Howe Institute, 26 novembre 2012 à la p 12, en ligne: <www.cdhowe.org/pdf/e-brief_142.pdf>.

¹⁴³ Navin Joneja, *Regulation of Foreign Investment in Canada: The Investment Canada Act—Law, Policy and Practice*, Toronto, Thomson Carswell, 2013 à la p 96.

¹⁴⁴ Herman, *supra* note 40 à la p 11; VanDerMeulen et Trebilcock, *supra* note 123 à la p 394 et s.

¹⁴⁵ Voir aussi Parlement du Canada, *Le processus d'examen des investissements étrangers directs au Canada et dans d'autres pays*, par Michael Holden, Ottawa, 19 septembre 2007.

¹⁴⁶ Voir James K Jackson, *The Exon-Florio National Security Test for Foreign Investment*, Washington, Congressional Research Service, 2013.

Deuxièmement, nous considérons qu'il serait opportun de mettre au rancart les lignes directrices visant spécifiquement les SÉÉ¹⁴⁷. En plus d'intégrer des exigences additionnelles qui compliquent le processus, l'existence de lignes directrices particulières contribue à entretenir une perception de protectionnisme à l'égard de ce type d'investisseurs¹⁴⁸. Elles sont aussi de nature à inciter les SÉÉ à limiter leurs investissements à ceux qui n'outrepassent pas les seuils déclencheurs de l'examen, privant le Canada d'une source notable d'investissement.

Nous reconnaissons certes le particularisme des SÉÉ et les enjeux que leurs investissements soulèvent. Toutefois, nous estimons que toute préoccupation relative aux investissements réalisés par les SÉÉ pourrait être analysée dans le cadre du régime d'examen en regard des critères de l'avantage net pour le Canada et pour la sécurité. Ces critères sont suffisamment flexibles pour permettre l'analyse des investissements effectués par les SÉÉ¹⁴⁹. En outre, il ne faut pas perdre de vue que suite à la prise de contrôle par une SÉÉ, l'entreprise canadienne n'est pas soustraite au régime juridique général s'appliquant aux entreprises œuvrant dans la même industrie¹⁵⁰.

Enfin, le processus d'examen en vertu de la LIC mériterait d'être amélioré. Selon certains, le gouvernement devrait avoir le fardeau de démontrer que l'opération ne satisfait pas au test formulé par la loi¹⁵¹. Attrayante, cette proposition aurait le mérite, selon ses tenants, d'alléger la tâche pour les entreprises étrangères tout en montrant l'ouverture du Canada à l'IDÉ.

Nous sommes d'avis que cette proposition devrait demeurer lettre morte. Tel que nous l'avons fait valoir ci-dessus, l'examen des investissements étrangers repose sur des préoccupations de politique qui participent de l'intérêt public. Même s'il peut être critiqué, le contrôle étatique des investissements étrangers demeure légitime. Dans ce contexte, il devrait incomber à l'entreprise étrangère de saisir le gouvernement de la demande d'autorisation en fournissant les éléments nécessaires à la prise de décision.

¹⁴⁷ Voir en ce sens : Steger, *supra* note 34.

¹⁴⁸ Voir en général Gail E Henderson, « The Regulation of Foreign Direct Investment by State-owned Enterprises in Canada » (2013), Faculté de droit de l'Université de Hong Kong, Document de travail no 14 de l'AIIFL, en ligne : <www.law.hku.hk/aiifl/wp-content/uploads/2012/07/AIIFL-Working-Paper-No-14.pdf>.

¹⁴⁹ *Ibid* à la p 14.

¹⁵⁰ Safarian, *supra* note 103 à la p 11.

¹⁵¹ Dobson, *supra* note 134; Bergevin et Schwanen, *supra* note 13; Rapport Wilson, *supra* note 19.

Un parallèle peut être effectué avec le processus de demande d'autorisation pour les fusions de grande envergure en vertu de la *Loi sur la concurrence*¹⁵². Rappelons que la *Loi sur la concurrence* édicte un régime contraignant les parties à une fusion de grande envergure à donner un avis au commissaire à la concurrence et à lui fournir des renseignements spécifiques¹⁵³. À la lumière de ces renseignements, le commissaire détermine si la fusion aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence. Le cas échéant, le commissaire peut s'adresser au Tribunal de la concurrence pour empêcher la fusion.

Du reste, nous estimons que le maintien du fardeau de preuve du côté de l'entreprise étrangère a le mérite de permettre à cette dernière de mieux contrôler l'argumentaire relativement à la demande d'autorisation. En particulier s'il existe des critères précis pour encadrer l'analyse de l'investissement étranger, l'entreprise étrangère demeure la mieux placée pour expliquer en quoi l'opération respecte les critères et devrait être approuvée. De fait, le renversement du fardeau de preuve ferait en sorte que l'analyse serait menée entièrement à l'initiative du gouvernement qui travaillerait à l'élaboration de l'argumentaire quant à la recevabilité de l'opération. Dans ce contexte, l'entreprise serait tenue davantage à l'écart, ce qui pourrait contribuer à renouveler la perception d'opacité. Encore plus préoccupant, le renversement du fardeau de la preuve pourrait créer un environnement de nature inquisitoire où le gouvernement demande à l'entreprise étrangère de lui fournir des renseignements destinés à soutenir une conclusion de refus d'autorisation.

Même en présumant que ce risque soit marginal, le renversement du fardeau de la preuve n'éliminerait pas la nécessité pour l'entreprise de fournir l'ensemble des renseignements pertinents à la prise de décision par le gouvernement. En effet, le gouvernement ne disposerait ni des ressources ni des moyens pour constituer le dossier. Aussi, dans les faits, l'entreprise se trouverait essentiellement à fournir un argumentaire au soutien de sa demande, comme c'est le cas actuellement.

Nous considérons que l'amélioration du processus passe plutôt par la transparence. En plus de publier des lignes directrices balisant les notions d'avantage net et de sécurité nationale, le ministre pourrait mettre à la disposition des entreprises une liste modèle d'engagements les informant des exigences qui pourraient s'attacher à l'approbation de la transaction. Et une fois formulés dans le cadre du processus, les éléments fondamentaux des engagements devraient être divulgués.

¹⁵² LRC c C-34.

¹⁵³ Voir Canada, Bureau de la concurrence, *Guide de procédure à l'égard des transactions devant faire l'objet d'un avis et des certificats de décision préalable aux termes de la Loi sur la concurrence*, Ottawa, 2010.

Finalement, bien qu'il soit tenu de fournir les motifs à l'appui de toute décision lorsqu'il n'est pas d'avis que l'investissement sera vraisemblablement à l'avantage net du Canada, le ministre n'a pas l'obligation de publier ses motifs. Cette opacité contribue à entretenir les incertitudes et la spéculation quant aux véritables motifs des décisions ministérielles. Elle empêche également les entreprises étrangères d'apprécier quelles sont les préoccupations du gouvernement lors de l'analyse de IDÉ¹⁵⁴. Cette opacité, qui n'est pas propre au seul régime canadien¹⁵⁵, soulève des critiques ailleurs. À titre d'exemple, des auteurs soulignaient récemment les lacunes du régime australien en ce qui concerne la transparence des décisions : « The absence of full disclosure, allied with the pragmatic realities of prevailing standards of commercial confidentiality, may render it impossible to verify the circumstances of proposed individual deals and whether skewed and unfair evaluation processes are at work. »¹⁵⁶

Dans ce contexte, nous estimons impératif que soient publiés les motifs détaillés sous-tendant la décision du ministre d'accepter ou de refuser une opération soumise à son approbation¹⁵⁷. Nous reconnaissons que la publication des motifs soulève des défis diplomatiques pour le gouvernement. Néanmoins, dans la mesure où des lignes directrices sont publiées en amont et que la décision s'appuie sur une application de celles-ci en regard des informations soumises relativement à la transaction, le gouvernement devrait être à même d'identifier les facteurs ayant influé sur la décision. C'est d'ailleurs ce que démontre l'exemple de la Nouvelle-Zélande où sont publiés les motifs des décisions refusant d'autoriser les IDÉ¹⁵⁸. L'expérience néo-zélandaise témoigne certainement de la faisabilité

¹⁵⁴ Safarian, *supra* note 103 à la p 13.

¹⁵⁵ En Australie, le régime ne prévoit pas la publication des motifs. En vertu du régime d'accès à l'information, il est toutefois possible d'obtenir certains renseignements. Voir « Australia blocked China investment on supply concerns », *The Sydney Morning Herald* (15 février 2011), en ligne: <www.smh.com.au/business/world-business/australia-blocked-china-investment-on-supply-concerns-20110214-1au8x>.

¹⁵⁶ Megan Bowman, George Gilligan et Justin O'Brien, « Foreign investment law and policy in Australia: a critical analysis » (2014) 8:1 *Law & Financial Markets Rev* 65 à la p 73.

¹⁵⁷ Voir Herman, *supra* note 40 à la p 8. Une proposition similaire a été faite en Australie. Voir Paul Kalfadellis, Judy Gray et Susan Freeman, « The 'National Interest' and the Screening of Foreign Direct Investment in Australia » (2006), *Business & Economics* de l'Université Monash, Document de travail 14/06 à la p 9, en ligne: <www.arrow.monash.edu.au/vital/access/%20/services/Download/monash:7279/DOC>.

¹⁵⁸ Dave Heatley et Bronwyn Howell, *Overseas Investment: Is New Zealand 'Open for Business'?*, Wellington (N-Z), ISCR, 2010. Voir, par exemple, les motifs de la décision refusant l'investissement du Régime de pension du Canada dans l'aéroport de Auckland: Nouvelle-Zélande, *Overseas Investment Act 2005: Reasons for Decision by Relevant Ministers*, 11 avril 2008, en ligne : <www.beehive.govt.nz/release/ministers-release-decision-overseas-investment-proposal-auckland-international-airport>.

de cette proposition destinée à accroître la transparence et pourrait inspirer le Canada¹⁵⁹.

5. Conclusion

L'IDÉ joue un rôle essentiel pour la croissance économique canadienne. Et c'est la prise de conscience des autorités politiques canadiennes du fort impact de l'IDÉ dans l'économie nationale qui aura permis le virage économique observé au milieu des années 1980. Ce virage s'est traduit par le passage d'une logique de suspicion à une plus grande ouverture. N'empêche, les réticences demeurent et la crainte que le Canada se fasse subrepticement dépouiller du contrôle de son patrimoine économique national par des investisseurs étrangers reste prégnante. Le maintien dans la LIC de critères de révision flous, interprétés de manière discrétionnaire par les pouvoirs publics en est la manifestation la plus éloquente. Il résulte de tout ceci que, malheureusement, la part du Canada dans les IDÉ est en constant déclin depuis 30 ans et le Canada, considéré par les institutions internationales et une bonne partie de la doctrine comme l'une des destinations les plus réfractaires à l'IDÉ malgré les révisions successives du régime des investissements édicté par la LIC. Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que des commentateurs proposent des modifications en profondeur—voire l'abrogation—du régime de révision des investissements étrangers de la LIC.

Estimant qu'il existe des objectifs de politique publique légitimes sous-tendant la LIC, nous avons préconisé dans cet article une amélioration plutôt qu'une abrogation pure et simple des mécanismes du régime de révision identifiés comme étant à la base du déclin de l'IDÉ au Canada. Au cœur des règles et principes applicables à l'IDÉ au Canada, émergent deux concepts particulièrement clivants : le critère de l'avantage net et celui de la sécurité nationale. L'application du premier concept dans le processus d'admission de l'IDÉ crée de l'imprévisibilité et entretient la perception de l'arbitraire. Quant au critère de sécurité nationale, en plus de créer de l'imprévisibilité, il laisse très peu de place à la flexibilité.

Les réformes à venir devraient à notre sens s'inscrire véritablement dans une logique de transparence qui ne peut devenir effective sans une meilleure lisibilité du cadre juridique applicable à l'IDÉ. En ce sens, les pistes de réforme esquissées dans cette recherche s'orientent toutes vers un meilleur renforcement de la transparence tout au long du processus de révision de

¹⁵⁹ Greg Golding, « Australia's Experience with Foreign Direct Investment by State Controlled Entities: A Move Towards Xenophobia or Greater Openness? » (2014) 37 :2 Seattle UL Rev 533 à la p 578 (reconnaissant la pertinence du modèle néo-zélandais pour l'Australie).

l'IDÉ. Reste à voir quelle sera la position des autorités gouvernementales face aux différentes propositions de réforme.