



THE CANADIAN
BAR ASSOCIATION
L'ASSOCIATION DU
BARREAU CANADIEN

Le 21 février 2018

Par courriel : david.tkachuk@sen.parl.gc.ca

L'honorable David Tkachuk
Président
Comité sénatorial permanent des transports et des communications

Objet : Le projet de loi C-49, Loi sur la modernisation des transports, et la propriété étrangère

Monsieur,

La présente a pour objet de vous faire part des commentaires de la Section du droit aérien et spatial de l'Association du barreau canadien (Section de l'ABC) au sujet de l'augmentation de la limite de propriété étrangère des transporteurs aériens proposée dans le projet de loi C-49, Loi sur la modernisation des transports.

L'Association du barreau canadien est une association nationale regroupant environ 36 000 avocats, notaires du Québec, étudiants en droit et professeurs de droit; elle a pour mandat de promouvoir l'amélioration du droit et de l'administration de la justice. La Section de l'ABC comprend des juristes partout au Canada qui représentent des exploitants et des bailleurs de fonds d'aéronefs, des sociétés aérospatiales, des aéroports et des aérodromes ainsi que des fabricants d'équipement.

Sommaire

Nous comprenons qu'en augmentant la limite de propriété étrangère, le gouvernement a pour objectif d'attirer des investissements qui favoriseront la croissance du secteur de l'aviation au Canada ainsi que la concurrence (dans le but d'offrir aux consommateurs plus de choix et des prix réduits). Les transporteurs à très bas prix, qui tardent à s'implanter sur le marché canadien, pourraient être une des cibles particulières de cette mesure. La section de l'ABC est d'avis que les amendements proposés, à savoir l'établissement de sous-plafonds à la propriété étrangère, pourraient ne pas atteindre l'objectif visé.

Propriété et contrôle canadiens

Le paragraphe 55(1) de la *Loi sur les transports au Canada* définit ainsi « Canadien » :

[...] Citoyen canadien ou résident permanent au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*; la notion englobe également les administrations publiques du Canada ou leurs mandataires et les personnes ou organismes, constitués au Canada sous le régime de lois fédérales ou provinciales et **contrôlés de fait** par des Canadiens, **dont** au moins soixante-quinze pour cent — ou tel pourcentage inférieur désigné par règlement du gouverneur en conseil — des actions assorties du droit de vote sont **détenues et contrôlées** par des Canadiens. [J'ai ajouté les caractères gras.]

Pour qu'un transporteur aérien puisse être qualifié de « canadien » et exploiter un service aérien intérieur ou international, la propriété et le *contrôle* étrangers sont limités à 25 % des intérêts avec droit de vote.

En ce qui a trait au contrôle, le transporteur aérien doit établir à la satisfaction de l'Office des transports du Canada qu'en plus du contrôle aux termes de la loi, le *contrôle effectif* du transporteur aérien n'est pas entre des mains non canadiennes. On désigne souvent cela sous le nom de vérification du contrôle de facto.

L'Office tient compte d'une longue liste de facteurs variés afin d'établir si un transporteur aérien est « canadien », notamment les structures de propriété et de vote, la composition de l'administration, les droits affirmatifs et de préemption détenus par les actionnaires, les structures d'exploitation et les actifs.

Le projet de loi modifie la définition de « Canadien » en portant la limite de propriété étrangère et de contrôle à 49 %, mais ajoute deux sous-plafonds :

- (i) au plus vingt-cinq pour cent des intérêts avec droit de vote peuvent être détenus par un non-Canadien, individuellement ou en association avec une autre personne dans un exploitant aérien canadien;
- (ii) des exploitants aériens regroupés ne peuvent détenir plus de vingt-cinq pour cent des intérêts avec droit de vote dans un exploitant canadien.

Le projet de loi ne supprime pas l'exigence du contrôle de facto.

Les sous-plafonds peuvent nuire à l'incitatif d'investir

En décembre 2015, le [Rapport de l'Examen de la Loi sur les transports au Canada](#) (le Rapport), un examen législatif complet de la LTC, a recommandé de hausser à 49 % la limite de propriété étrangère. Il n'a pas recommandé l'établissement de sous-plafonds, à savoir la limite individuelle proposée de 25 % pour un investisseur étranger ou la limite proposée de 25 % pour les transporteurs aériens étrangers qui investissent de manière regroupée.

À notre avis, si le but des amendements proposés est d'attirer du capital étranger pour stimuler le secteur canadien de l'aviation et augmenter le choix offert au consommateur, leur formulation actuelle pourrait ne pas atteindre cet objectif.

Dans notre [mémoire](#) [en anglais seulement] sur le Rapport, nous avons observé que l'augmentation à 49 % de la limite de propriété étrangère pourrait ne pas suffire en soi à attirer plus de capital étranger compte tenu de l'exigence du contrôle de fait.

L'établissement de sous-plafonds pourrait, pour les motifs ci-après, nuire à tout élan généré par la libéralisation de la limite de capital étranger :

1. Les protections du droit des sociétés ne s'appliquent pas aux investisseurs étrangers : Aux termes des lois fédérales, provinciales et territoriales s'appliquant aux sociétés au Canada, il faut obtenir l'approbation d'au moins 33 1/3 % des actionnaires afin de faire opposition à des changements fondamentaux au sein d'une société. Le fait de restreindre la propriété d'un investisseur étranger à 25 % n'accorde pas à cet investisseur la protection améliorée des actionnaires. La seule façon dont un investisseur financier non-Canadien pourrait bénéficier de cette protection améliorée serait d'investir dans le cadre d'un consortium ou d'une coentreprise non constituée en société. Nous abordons plus loin les difficultés que cela pose.

2. Les investisseurs-exploitants étrangers peuvent ne pas être intéressés : Certains transporteurs aériens canadiens peuvent être à la recherche d'un investisseur étranger pour des raisons qui ne sont pas purement financières, par exemple pour obtenir une liaison au sein d'un réseau, un soutien opérationnel ou un accès concurrentiel à des services de soutien. Le fait de restreindre à 25 % la propriété d'un transporteur aérien étranger pourrait ne pas aider un transporteur aérien canadien cherchant davantage qu'une simple injection de capital. Un transporteur aérien étranger aux capacités sophistiquées pourrait préférer investir dans une plus grande part ou avoir une influence plus grande.

Les sous-plafonds ne renforcent pas les exigences de contrôle canadien

Tel que je l'ai exposé précédemment, la définition de « Canadien » (tant dans la *Loi sur les transports au Canada* en vigueur que dans les amendements proposés) impose une limite à la propriété étrangère ainsi qu'au contrôle étranger. Le transporteur aérien doit démontrer que la propriété étrangère ne dépasse pas 25 % (ou 49 %) et qu'un non-Canadien ne contrôle pas plus de 25 % (ou 49 %) de la participation dans le transporteur aérien.

Comme la vérification du contrôle de fait demeure et que l'Office rend sa décision après une analyse détaillée visant à assurer une protection contre une influence étrangère indue, la valeur des sous-plafonds de propriété étrangère proposés est discutable et pourrait en fait avoir un effet contraire au but recherché par les amendements. Il est difficile de voir comment les sous-plafonds renforcent les exigences de contrôle canadien.

Conclusion et recommandations

L'objectif poursuivi par le gouvernement en augmentant la limite de contrôle étranger – attirer l'investissement étranger pour favoriser la croissance du secteur canadien de l'aviation et stimuler la concurrence – pourrait ne pas être atteint au moyen des amendements proposés dans le projet de loi C-49. Pour aider le gouvernement à atteindre son objectif, la Section de l'ABC recommande ce qui suit :

- Réviser la définition proposée de « Canadien »; on pourrait étudier la suppression des sous-plafonds. On pourrait aussi laisser la définition inchangée et prévoir que le gouverneur en conseil prescrive par règlement les niveaux de propriété étrangère (ce que permet la LTC actuelle).
- Il faudrait apporter des éclaircissements au sous-plafond proposé de 25 % d'intérêts avec droit de vote détenus par un non-Canadien, et notamment la mesure dans laquelle des entités *non affiliées* peuvent s'entendre pour coopérer, lorsque cette coopération n'a pas pour résultat l'exercice d'un contrôle de l'exploitation du transporteur aérien par des intérêts étrangers. Par exemple, lorsqu'une coentreprise ne semble pas être visée par la définition d'« affiliée » se trouvant dans la LTC, une entente dans le cadre de laquelle les intérêts avec droit de vote seraient exercés en tandem saperait-elle les changements proposés? La formulation proposée est vague et pourrait entraîner des abus ou nuire aux investissements, compte tenu de l'incertitude.
- Le Comité sénatorial devrait entendre des professionnels chevronnés des affaires ayant une feuille de route avérée en matière d'investissement dans des entreprises de transport aérien. Ces experts pourront donner leur opinion relativement à l'incidence que les changements proposés aux limites de propriété étrangère pourraient avoir sur le secteur canadien du transport aérien.

Nous espérons que nos observations sont utiles. Nous serions heureux d'en discuter plus en détail ou de répondre à toute question que vous pourriez avoir.

Veuillez agréer l'expression de mes sentiments les meilleurs.

(document original signé par Marc-André O'Rourke pour Naomi Nind)

La présidente de la Section du droit aérien et spatial de l'ABC,

Naomi Nind