

UNE DÉCISION IMPORTANTE VIENT CONFIRMER QUE FLAIR EST CANADIEN

Publié le 16 juin, 2022

Catégories: [Perspectives](#), [Publications](#)

Après une détermination préliminaire publiée le 3 mars dernier, l'Office des transports du Canada (l'« **Office** ») a statué le [1er juin](#) que Flair Airlines Ltd. (« **Flair** ») avait réussi à démontrer qu'elle était contrôlée par des Canadiens. La discussion sur les facteurs que l'Office examine pour déterminer si le « contrôle de fait » d'un transporteur est détenu par des non-Canadiens rend cette décision particulièrement intéressante.

- L'Office a accepté le fait que Flair avait, pendant un moment, été « pas canadienne » et lui a donné le temps de se conformer aux règles sur ce statut. Voilà qui crée une dynamique intéressante pour l'accès au secteur. Les transporteurs pourraient pendant un certain temps croître à l'aide de fonds, de dirigeants et d'appareils étrangers avant d'ajuster leur structure de propriété et de gestion pour avoir la qualité de Canadien exigée par la *Loi sur les transports au Canada* (la « **LTC** »).
- L'Office a confirmé que les investisseurs non canadiens n'ont pas à exercer leur contrôle pour que la question de la qualité de Canadien se pose. Ce qui importe, c'est la « capacité » à contrôler la prise de décisions stratégiques d'une entreprise ou à en gérer les activités quotidiennes.
- D'autres branches du gouvernement pourraient s'inspirer de l'Office sur la question du contrôle canadien pour l'application de leurs cadres réglementaires respectifs. Selon la *Loi sur Investissement Canada*, par exemple, l'acquisition par des non-Canadiens du tiers à la moitié des actions avec droit de vote d'une société entraîne une présomption de changement de contrôle, laquelle peut être renversée si les acquéreurs n'exercent pas le contrôle de fait de l'entreprise canadienne. L'analyse du contrôle de fait devient également importante pour établir si un investisseur ou une entreprise canadienne est contrôlé par un État ou un gouvernement étranger. Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le « **CRTC** ») s'attarde lui aussi à la question du contrôle de fait par des non-Canadiens lorsqu'il détermine le statut d'entité de radiodiffusion et de télécommunications admise^[1].

La table étant mise, nous nous proposons à présent d'expliquer le contexte, de décrire les facteurs pris en compte par l'Office et de formuler des hypothèses sur l'incidence politique de cette décision.

Contexte

Fondée en 2005 et initialement établie à Kelowna, en Colombie-Britannique, Flair fournissait dans ses premières années principalement des services de fret aérien. En 2018, la société a déplacé son siège social à Edmonton, en Alberta, et, après avoir accepté un investissement de la part de 777 Partners LLC (« **777** »), a signifié son intention d'acquérir d'autres aéronefs pour devenir une compagnie aérienne à bas prix proposant des vols passagers réguliers au Canada. En janvier 2021, Flair a annoncé vouloir faire passer sa flotte à 50 aéronefs dans un horizon de cinq ans et commander 13 Boeing 737 MAX 8 pour offrir plus de destinations régulières au Canada, aux États-Unis et dans les Caraïbes.

À l'issue d'une première audience, l'Office a rendu le 3 mars 2022 une décision préliminaire selon laquelle Flair pourrait ne pas répondre à la définition de « Canadien » du paragraphe 55(1) de la LTC. L'Office craignait que le contrôle de fait de Flair soit détenu par 777. Si cette crainte s'était avérée fondée, Flair aurait pu perdre, temporairement ou non, ses licences d'exploitation de services intérieurs et internationaux. La compagnie aérienne s'est vue donner la chance d'échapper à ce résultat en démontrant que la décision préliminaire était incorrecte lors d'une procédure de « justification ». Elle y est parvenue.

Lorsque le Parlement a adopté la *Loi sur la modernisation des transports*, en 2018, [nous avons souligné](#) que malgré l'assouplissement des limites concernant la propriété étrangère des transporteurs aériens canadiens, les faits conservaient toute leur importance et le contrôle de fait demeurait la règle. La décision rendue par l'Office le 1er juin 2022 (la « **décision Flair** ») nous donne raison sur ce point.

Après un examen minutieux des faits, dont des changements importants apportés par Flair en réponse à la détermination préliminaire, l'Office a conclu que la compagnie aérienne était maintenant « canadienne », dans les faits et en droit. La décision Flair est très intéressante puisqu'elle permet de voir en action l'application qui est faite des dispositions de la LTC concernant le contrôle canadien et l'approche qu'adopte l'Office pour évaluer les aspects subjectifs de la question du contrôle de fait.

Définition de « Canadien »

La LTC prévoit un critère à trois volets qui doit être satisfait pour qu'un transporteur aérien soit un « Canadien ». Le premier volet, tout simple, indique que le transporteur doit appartenir à une entité constituée au Canada. Le deuxième, celui du « contrôle de droit », concerne la propriété des actions avec droit de vote de cette entité. Au moins 51 % de ces actions doivent appartenir à des Canadiens, et un même actionnaire non canadien ne peut en avoir plus de 25 %.

Au contraire des deux premiers volets, de nature objective, le troisième demande une évaluation essentiellement subjective du contrôle de fait : est-il exercé par des Canadiens? C'est ce qui était au cœur de la décision de l'Office et des justifications de Flair. L'Office fait référence à un guide qui énumère, quoique de manière non exhaustive, les facteurs dont il tient compte pour déterminer si le contrôle de fait est entre les

mais de Canadiens. Il reconnaît depuis longtemps que des investisseurs étrangers peuvent influencer des décisions d'affaires de multiples façons, et pas seulement à titre d'actionnaires (accords de financement, relations avec les fournisseurs, nomination de hauts dirigeants, etc.).

Détermination préliminaire

Dans sa détermination préliminaire, l'Office a noté que, non seulement Flair dépendait de 777 pour le financement et la location d'aéronefs, mais que 777 :

- i. assumait la majorité des risques de l'investissement et avait droit à la majorité des avantages liés aux activités de Flair;
- ii. contrôlait le conseil d'administration de Flair;
- iii. détenait plus de droits que les autres actionnaires;
- iv. jouait un rôle actif dans la gestion des affaires de Flair;
- v. pouvait choisir qui elle souhaitait avoir comme nouvel actionnaire.

L'Office a également souligné la volonté apparente et la capacité de 777 d'avoir le contrôle sur Flair.

Détermination du contrôle de fait

L'Office tient compte de quatre ensembles de facteurs pour déterminer le contrôle de fait :

- i. Facteurs entourant la gouvernance des sociétés
- ii. Facteurs entourant les droits des actionnaires
- iii. Facteurs entourant les risques et les rétributions
- iv. Facteurs entourant les affaires et les activités commerciales

La détermination préliminaire faisait état de réserves dans chacune de ces catégories. L'Office a évalué tous ces facteurs ensemble pour arriver à sa détermination subjective.

De l'avis de l'Office, pour que le contrôle de fait soit détenu par des Canadiens, i) les actionnaires canadiens doivent avoir le droit de nommer au moins la moitié des membres du conseil d'administration, et ii) au moins la moitié des administrateurs, peu importe qui les a nommés, doivent être des citoyens ou des résidents permanents du Canada. Les mêmes règles s'appliquent à la définition des exigences de quorum. Lorsqu'un départage des voix est nécessaire, le vote décisif doit être fait par un Canadien nommé par des actionnaires canadiens. Dans sa détermination préliminaire, l'Office a conclu que ces exigences n'étaient pas respectées.

Il a également souligné que 777 avait certains droits de veto et que les modalités d'un billet à ordre qu'elle détenait prévoyaient des droits pouvant l'habiliter à contrôler des décisions d'affaires, de même qu'un mécanisme lui permettant de gérer des activités.

Compte tenu des modalités du billet à ordre et de son importante part dans les capitaux propres, l'Office a conclu que 777 assumait la majorité du risque de l'investissement et qu'elle avait droit à la majorité des avantages, généralement un signe qu'il y a contrôle de fait.

Justification de Flair

Flair a pris plusieurs mesures pour dissiper les inquiétudes soulevées par l'Office dans sa détermination préliminaire. Flair a mis sa convention unanime des actionnaires (« **CUA** ») en phase avec les exigences de composition du conseil et de quorum. Les modifications ont aussi fait perdre à 777 le pouvoir de contrôler Flair en nommant des dirigeants. De plus, les droits de veto de 777 lui ont été retirés et les modalités du billet à ordre ont été modifiées, par souci d'apaiser une crainte exprimée par l'Office, soit celle que le billet donne à 777 des moyens directs ou indirects d'influencer les décisions d'affaires et lui procure un mécanisme de gestion des activités.

Flair a répondu à la présomption de l'Office selon laquelle, comme elle assumait la majorité des risques et avait droit à la majorité des avantages, 777 avait nécessairement la capacité d'exercer le contrôle de fait. Elle a avancé que ces deux facteurs n'étaient pas déterminants à cet égard, et que l'approche habituelle de l'Office posait aussi la question de savoir si le non-Canadien a la motivation, la tendance et l'intention d'exercer le contrôle de fait sur le transporteur canadien. Flair a fait valoir que 777 n'était pas un transporteur aérien étranger, que l'aviation n'était pas son seul secteur d'activités et que, par conséquent, elle n'avait pas la motivation, la tendance ou l'intention de contrôler Flair.

Décision Flair

Dans le cadre de la procédure de justification, l'Office a étudié les changements apportés par Flair et évalué leur incidence sur chacune des quatre catégories mentionnées plus haut.

Il a finalement conclu que les modifications apportées à la CUA, au billet à ordre et à la structure de gouvernance suffisaient pour considérablement réduire, voire complètement éliminer, les moyens par lesquels un contrôle pourrait être exercé. À son sens, ce sont maintenant des Canadiens qui sont en position de contrôler Flair, et les droits de 777 cadrent avec ceux des actionnaires canadiens qui ont un intérêt économique similaire au sien. Plus particulièrement, les modifications à la CUA et à la composition du conseil ont convaincu l'Office que Flair avait répondu à ses réserves quant au pouvoir de 777 de contrôler le conseil, et donc de gérer les affaires de l'entreprise directement ou par le biais de la nomination de dirigeants. Les droits de veto étant chose du passé, Flair peut maintenant acquérir des avions auprès des fournisseurs de son choix. Flair a aussi démontré qu'elle pouvait louer de nouveaux appareils sans garanties de la part de 777.

Précisons qu'elle n'a pas entièrement dissipé les inquiétudes de l'Office. En effet, ce dernier a souligné que, si

Flair avait communiqué son intention de diversifier ses sources de financement, elle dépendait encore de 777 pour le financement de ses activités d'exploitation, y compris la location de ses avions.

L'Office a toutefois conclu que Flair avait démontré qu'elle était en mesure de générer un flux de trésorerie positif suffisant grâce à ses activités d'exploitation, et que cela atténuait la crainte qu'elle continue de dépendre de 777 pour obtenir de nouveaux fonds. Les modifications apportées aux modalités du billet à ordre limitent considérablement la capacité de 777 de se servir de sa créance pour exercer un contrôle.

À la lumière de son analyse de tous les facteurs influant sur le contrôle, l'Office a conclu que le contrôle de fait était détenu par des Canadiens.

Commentaires

La décision Flair soulève des points d'ordre commercial et juridique qui ne sont pas sans intérêt pour les transporteurs et les investisseurs non canadiens visés par des régimes de contrôle de fait.

Le contrôle de fait est une réalité évolutive. L'Office a accepté le fait que Flair avait, pendant un moment, été « pas canadienne » et lui a donné le temps de se conformer aux règles sur ce statut. Voilà qui crée une dynamique intéressante pour l'accès au secteur. Les transporteurs pourraient pendant un certain temps croître à l'aide de financement, de dirigeants et d'appareils étrangers avant d'ajuster leur structure de propriété et de gestion pour avoir la qualité de Canadien. La décision Flair est sans doute le produit d'une époque où les secteurs de l'aviation et du voyage du Canada commencent à se remettre de deux années de confinement et d'autres restrictions sur les déplacements. L'Office pourrait bien conclure autrement si la question de la qualité de Canadien d'un autre transporteur devait être mise en doute.

L'Office a tenu compte d'une multitude de facteurs dans son évaluation du contrôle de fait, mais a accordé plus de poids à certains qu'à d'autres. Il s'est principalement attardé à la composition du conseil, plus particulièrement le critère voulant, comme condition préalable essentielle à la qualité de Canadien, que les actionnaires canadiens aient le droit de nommer plus de 50 % des administrateurs. Il a accordé moins d'importance au risque que présente le financement d'une dette de l'entreprise, comme dans la décision Globalive, où le cabinet fédéral a infirmé une décision du CRTC et conclu que Globalive était canadienne même si son actionnaire non canadien, Orascom, détenait la grande majorité des titres de créance.

Si Flair ou d'autres transporteurs devaient manquer de fonds, le gouvernement pourrait encore une fois se montrer indulgent quant à la qualité de Canadien pour l'entrée dans le secteur de l'aviation. Par ailleurs, depuis 2012, les non-Canadiens peuvent acquérir ou constituer des entreprises de télécommunications si leur part totale du marché canadien est inférieure à 10 %. Ce changement a été apporté à la *Loi sur les télécommunications* à la suite de consultations tenues en 2006 et en 2008, notamment au sujet de la

propriété étrangère dans des secteurs réglementés. Les restrictions sur les investissements étrangers dans le secteur de l'aviation pourraient être davantage assouplies au terme des consultations similaires à venir sur le droit canadien de la concurrence.

Si vous avez des questions au sujet de cette décision ou de notre bulletin, n'hésitez pas à communiquer avec nous, avec un membre de nos groupes Concurrence ou Aviation, ou avec votre contact habituel chez McMillan.

[1] Le paragraphe 16(1) de la *Loi sur les télécommunications* établit des seuils précis pour la propriété des actions avec droit de vote d'entreprises de télécommunications par des Canadiens et prévoit que des Canadiens doivent exercer le contrôle de fait. L'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion* dispose par ailleurs que le système canadien de radiodiffusion doit être la propriété des Canadiens et être sous leur contrôle.

par [Karl Gustafson](#), c.r., [Joshua Krane](#) et [Éric Vallières](#)

Mise en garde

Le contenu du présent document ne fournit qu'un aperçu du sujet et ne saurait en aucun cas être interprété comme des conseils juridiques. Le lecteur ne doit pas se fonder uniquement sur ce document pour prendre une décision, mais devrait plutôt obtenir des conseils juridiques précis.

© McMillan S.E.N.C.R.L., s.r.l. 2022