

LA SEMAINE JURIDIQUE

ENTREPRISE ET AFFAIRES

23 JANVIER 2020, HEBDOMADAIRE, N° 4 ISSN 1290-5119



1024

Le contrôle des investissements étrangers

Vers la mondialisation du protectionnisme ?

Étude par Raphaël Dalmas
Alma Nicolai, Brian Egan
et Judy Wang

45 **Profession** - 3 questions : Juriste augmenté : les legal skills ne suffisent plus, Ch. Roquilly

1022 **Procédure de conciliation** - L'indivisibilité de l'accord de conciliation et des sûretés consenties en vue de son acceptation, Cass. com., 25 sept. 2019, note P. Bordais

1025 **Arbitrage** - Droit de l'arbitrage, chronique J. Ortscheidt et Ch. Seraglioni

1026 **Crédit immobilier** - Sens et portée de l'obligation d'information, Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2019, note S. Le Gac-Pech

1029 **Bail commercial** - Application immédiate aux baux commerciaux en cours du congé triennal du preneur par lettre recommandée, Cass. 3^e civ., 24 oct. 2019, note B. Brignon

1032 **Protection sociale** - Contrôle et contentieux URSSAF - Actualité jurisprudentielle du 1^{er} octobre et 31 décembre 2019, étude F. Taquet

Sommaire

La Semaine Juridique - Entreprise et affaires - N° 4, 23 janvier 2020

Échos de la pratique P. 5

45 **3 questions...** Juriste augmenté : les legal skills ne suffisent plus, Ch. Roquilly

● En mouvement ● Focus ● Agenda ● À lire
● Le chiffre de la semaine ● Indices et taux

Actualités

Affaires

VEILLE

P. 9

- 46 **Banque** - Évolution du taux du livret A au 1^{er} février 2020
- 47 **Concurrence** - Étude sur les « Engagements comportementaux » en droit de la concurrence
- 48 **Contrats commerciaux** - Résolution d'un contrat synallagmatique et restitution du prix de vente TTC
- 49 **Données personnelles** - Atteintes aux systèmes de traitement automatisés des données
- 50 **Données personnelles** - Projet de recommandation « cookies et autres traceurs » : consultation publique
- 51 **Entreprise en difficulté** - Le dirigeant de fait de la personne morale débitrice mise en liquidation judiciaire ne peut acquérir les biens de celle-ci
- 52 **Entreprise en difficulté** - Caractérisation de la faute de gestion susceptible d'engager la responsabilité pour insuffisance d'actif du dirigeant personne morale d'une SA qui a désigné un représentant permanent

53 **Entreprise en difficulté** - Les créanciers du débiteur en redressement judiciaire n'ont aucune diligence à accomplir une fois effectuées leurs déclarations de créances

54 **Marché financier** - Bilan de l'action de l'AMF concernant la complexité des produits structurés

55 **Marché financier** - Incitations et rémunérations : doctrine AMF

56 **Protection du consommateur** - Encadrement des promotions

57 **Responsabilité** - Manquement contractuel et responsabilité à l'égard des tiers : jurisprudence Bootshop

58 **SA** - Interdiction de gérer et membres du conseil de surveillance n'exerçant pas une fonction de direction

Social

VEILLE

P. 16

59 **Conventions et accords collectifs** - Accord « donnant-donnant » : méthode de comparaison de stipulations conventionnelles en concours

60 **Discrimination** - Condamnation d'une entreprise pour discrimination raciale et systémique

61 **Épargne salariale** - Réforme : apports de la loi PACTE

62 **Travail** - Index de l'égalité : accompagner les entreprises

Fiscal

VEILLE

P. 18

63 **BIC-IS** - Contrats d'option en cours à la date de clôture de l'exercice : précisions à propos des pertes déductibles

64 **IS** - Revenus réputés distribués : exercice déficitaire devenu bénéficiaire du fait d'un redressement intégrant une variation négative de stocks

65 **IS** - Revenus réputés distribués : prise en compte des montants des soldes débiteurs des comptes courants d'associés

66 **IS** - Modalités d'imposition des plus-values placées en report : QPC

67 **Procédures fiscales** - Amende pour factures de complaisance : condamnation de l'émetteur ou du destinataire des factures

Études et commentaires

Affaires

SOCIÉTÉS ET ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

P. 19

- 1022 **Procédure de conciliation** - L'indivisibilité de l'accord de conciliation et des sûretés consenties en vue de son acceptation, Cass. com., 25 sept. 2019, note P. Bordais
- 1023 **Entreprise en difficulté** - Le recours contre l'ordonnance du juge-commissaire autorisant la cession d'un actif est ouvert au « tiers » prétendu propriétaire du bien cédé en liquidation judiciaire, Cass. com., 3 avr. 2019, note G. Berthelot

DROIT ÉCONOMIQUE

P. 26

1024 **Investissements étrangers** - Le contrôle des investissements étrangers. - Vers la mondialisation du protectionnisme ? étude R. Dalmas, A. Nicolaï, B. Egan et J. Wang

1025 **Arbitrage** - Droit de l'arbitrage, chronique J. Ortscheidt et Ch. Seraglini

CONTRATS COMMERCIAUX

P. 40

1026 **Crédit immobilier** - Sens et portée de l'obligation d'information, Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2019, note S. Le Gac-Pech

PROPRIÉTÉ COMMERCIALE

P. 45

1029 **Bail commercial** - Application immédiate aux baux commerciaux en cours du congé triennal du preneur par lettre recommandée, Cass. 3^e civ., 24 oct. 2019, note B. Brignon

Social

PROTECTION SOCIALE

P. 49

1032 **Contentieux** - Contrôle et contentieux URSSAF - Actualité jurisprudentielle du 1^{er} octobre au 31 décembre 2019, étude F. Taquet

Fiscal

PROCÉDURES FISCALES

P. 56

1033 **Recouvrement** - Responsabilité fiscale du dirigeant : la cessation des paiements de la société caractérise-t-elle l'impossibilité pour l'Administration de recouvrer l'impôt ? Cass. com., 18 sept. 2019, note G. Dedeurwaerder

LES AUTEURS DE LA SEMAINE



Geoffroy Berthelot, mandataire judiciaire associé, professeur affilié Sciences Po Paris.

Pierre Bordais, docteur en droit privé / ATER à l'université de Montpellier.



Bastien Brignon, maître de conférences HDR à Aix-Marseille université, membre du centre de droit économique (EA 4224) et de l'Institut de droit des affaires (IDA), directeur du master professionnel ingénierie des sociétés.



Raphaël Dalmas, avocat à la Cour - member of the New York Bar, Astura.



Gilles Dedeurwaerder, maître de conférences HDR à l'université Toulouse 1 Capitole.



Brian Egan, avocat aux barreaux du district de Columbia et de Californie, Steptoe.



Sophie Le Gac-Pech, maître de conférences, HDR, université de Lille 2, Centre R. Demogue membre du CRD & P - EA 4487.



Alma Nicolai, avocate à la Cour, Astura.



Jérôme Ortscheidt, docteur en droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Christophe Roquilly, professeur à l'EDHEC Business School, directeur du Centre de recherche LegalEDHEC et doyen du corps professoral et de la recherche.



Christophe Seraglini, professeur à l'université de Paris Sud-11, associé Freshfields Bruckhaus Deringer LLP.



François Taquet, professeur de Droit social (IESEG, SKEMA BS), avocat, spécialiste en Droit du travail et protection sociale, Directeur scientifique du réseau d'avocats GESICA.



Judy Wang, avocate aux barreaux du district de Columbia et de Californie, Steptoe.

Index du numéro

A
Arbitrage
Questions diverses 1025

B
Bail commercial
Fin du bail 1029

Banque
Taux d'intérêt 46
BIC-IS
Contrat d'option 63

C
Concurrence
Autorité de la concurrence 47

Contrats commerciaux
Crédit immobilier 1026

Contrats et obligations
Responsabilité contractuelle 57

E
Entreprise
Investissements étrangers 1024

Entreprise en difficulté
Action en responsabilité pour insuffisance d'actif 52
Juge-commissaire 1023
Liquidation judiciaire 51, 53
Procédure de conciliation 1022
Sanction du chef d'entreprise 58

Épargne salariale
Réforme 61

I
Impôt sur les sociétés
Fiscalité des groupes 66

Revenus des capitaux mobiliers 64, 65

Informatique
Données personnelles 49, 50

M
Marché financier
Instrument financier 55
Produits structurés 54

P
Procédures fiscales
Responsabilité fiscale du dirigeant 1033
Sanctions fiscales 67

Profession
Juriste d'entreprise 45

Protection du consommateur
Distribution 56

Protection sociale
Contentieux 1032

R
Relations collectives de travail
Conventions et accords collectifs 59

T
Travail
Discrimination 60
Égalité de traitement 62

V
Vente
Vente mobilière 48

LA SEMAINE JURIDIQUE Juris-Classeur Périodique (JCP) 94^e année

Président-Directeur-Général et Directeur de la publication :
PHILIPPE CARILLON

Directrice éditoriale
CLÉMENTINE KLEITZ
(clementine.kleitz@lexisnexus.fr)

Directeur de rédaction :
MARIE-ASTRID D'EVRY
(marie-astrid.devry@lexisnexus.fr)

Directeur scientifique :
JULIE KLEIN

Comité scientifique :
TRISTAN AZZI, MARTINE BEHAR-TOUGHAI,
FLORENCE DEBOISSY, BRUNO DONDERO,
ANTOINE GAUDEMET, DOMINIQUE LEGAIS,
FRANÇOIS-XAVIER LUCAS, VINCENT MALASSIGNÉ,
PHILIPPE PÉTEL, CHRISTOPHE ROQUILLY,
CHRISTOPHE SERAGLINI, FRÉDÉRIC STASIAK
ET BERNARD TEYSSIE

Rédacteur en chef :

CONSTANCE HIBON (01 45 58 90 86)
constance.hibon@lexisnexus.fr

Editeur :
LISE PERRIN (01 45 58 93 21)
lise.perrin@lexisnexus.fr

Maquette et direction artistique : PHILIPPE BLANC

Direction Marketing Opérationnel / Publicité
CAROLINE SPIRE

Responsable clientèle publicité
caroline.spire@lexisnexus.fr - 01 45 58 94 69

CATHERINE THEVIN
Responsable du marketing opérationnel
catherine.thevin@lexisnexus.fr - 01 45 58 93 05

Relation clients : Tél. : 01 71 72 47 70

www.lexisnexus.fr

Abonnement annuel 2020 :

- France (métropole) : 846,41 euros TTC (829 euros HT)
- DOM-TOM et pays étrangers : 915 euros HT
- Prix de vente au numéro : France (métropole) : 35,74 euros TTC (35,00 euros HT) DOM-TOM et pays étrangers : 39 euros HT

• Offre spéciale étudiants :
<http://etudiant.lexisnexus.fr/>
SA AU CAPITAL DE 1.584.800 EUROS
552 029 431 RCS PARIS
PRINCIPAL ASSOCIÉ : REED ELSEVIER FRANCE SA

Siège social :
141, RUE DE JAVEL 75747 PARIS CEDEX 15
EVOLUFRINT - PARC INDUSTRIEL EURONORD
10, RUE DU PARC 31150 BRUGUIÈRES

Dépôt légal : à parution
Commission paritaire : n° 1121 T 80382
Photo de couverture : © Phive2015 - Getty images

Origine du papier : Allemagne
Taux de fibres recyclées : 6%
Certification : 100%
Impact sur l'eau : P_{tot} = 0,01 kg / tonne



© LexisNexis SA 2020
Cette œuvre est protégée par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment par celles de ses dispositions relatives à la propriété littéraire et artistique et aux droits d'auteur. Ces droits sont la propriété exclusive de LexisNexis SA. Toute reproduction intégrale ou partielle, par quelque

moyen que ce soit, non autorisée par LexisNexis SA ou ses ayants droit, est strictement interdite. LexisNexis SA se réserve notamment tous droits au titre de la reproduction par reprographie destinée à réaliser des copies de la présente œuvre sous quelque forme que ce soit aux fins de vente, de location, de publicité, de promotion ou de toute

autre utilisation commerciale conformément aux dispositions de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle relatives à la gestion collective du droit de reproduction par reprographie. Avertissement de l'éditeur : "Toute utilisation ou traitement automatisé, par des tiers, de données personnelles pouvant figurer dans cette revue sont formellement interdits".

ÉTUDE **DROIT ÉCONOMIQUE**

INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS

Le développement des investissements directs étrangers, ces dernières années, a poussé les États à renforcer leurs mécanismes de contrôle. Cette étude présente les dernières réformes intervenues aux États-Unis et en Europe jusqu'au tout récent décret du 31 décembre 2019 en France, et les enjeux de ces réformes au regard du droit antérieur.

1024

Le contrôle des investissements étrangers

Vers la mondialisation du protectionnisme ?

Étude rédigée par Raphaël Dalmas, Alma Nicolai, Brian Egan et Judy Wang

Raphaël Dalmas est avocat à la Cour - member of the New York Bar, Astura ; Alma Nicolai est avocate à la Cour, Astura ; Brian Egan est avocat aux barreaux du district de Columbia et de Californie, Steptoe ; Judy Wang est avocate aux barreaux du district de Columbia et de Californie, Steptoe

1 - Ces dernières années, les mécanismes de contrôle des investissements directs étrangers (IDE) dans le monde ont été renforcés. En particulier, la croissance spectaculaire des investissements chinois dans les infrastructures stratégiques (notamment l'énergie et les transports) et les technologies de pointe (notamment l'intelligence artificielle et les nanotechnologies) a conduit les États-Unis à réformer leur processus d'examen des IDE et l'Union européenne (UE) à établir des règles communes pour le filtrage des IDE dans les pays européens. Cet article présente certains aspects clés du contrôle des IDE aux États-Unis et dans l'UE, et plus particulièrement les récentes réformes.

1. Les approches américaine et européenne à l'égard des IDE avant les dernières réformes

A. - Le processus d'examen du CFIUS

2 - Le Comité sur les investissements étrangers aux États-Unis (*Committee on Foreign Investments in the United States* : CFIUS) est un comité interinstitutionnel du Gouvernement américain qui a le pouvoir d'examiner les investissements étrangers pouvant soulever des préoccupations en matière de sécurité nationale. Initialement créé par le président Ford en 1975, puis codifié à l'article 721 du *Defense Production Act* de 1950 (tel qu'amendé), le comité est chargé de vérifier les opérations visées par la réglementation afin de « protéger la sécurité nationale des États-Unis » et de recommander au président d'autoriser ou non des opérations présentant une menace, ou de les soumettre à des conditions propres à en atténuer les risques.

3 - Historiquement, le CFIUS avait le pouvoir d'examiner toute « opération couverte », c'est-à-dire toute opération par laquelle une personne étrangère acquiert le contrôle d'une entreprise américaine, pour des raisons de sécurité nationale. Dans le cadre de son examen de sécurité nationale d'une opération couverte, le CFIUS recense tous les éléments relatifs à la sécurité nationale (c'est-à-dire les faits et circonstances ayant des répercussions possibles sur la sécurité nationale) afin d'évaluer si l'opération présente un risque pour la sécurité nationale (c'est-à-dire si la personne étrangère exerçant un contrôle sur l'entreprise américaine à la suite de l'opération pourrait prendre des mesures risquant de porter atteinte à la sécurité nationale). Bien que le *Defense Production Act* comporte une liste indicative des facteurs à prendre en considération par le CFIUS pour déterminer si une opération présente un risque pour la sécurité nationale, le CFIUS est libre de prendre en compte tous les facteurs qu'il estime pertinents.

4 - Jusqu'à récemment¹, le processus CFIUS était volontaire, dans la mesure où les parties aux opérations d'IDE couvertes n'étaient pas tenues de soumettre leur opération au CFIUS pour examen préalable. Toutefois, la seule façon de bénéficier d'un « *safe harbor* » lors d'un contrôle ultérieur d'un investissement couvert par le Gouvernement américain (incluant le contrôle *a posteriori* et l'obligation d'annuler une opération) était de se soumettre à l'examen du CFIUS. Pour cette raison, de nombreux investisseurs étrangers ont choisi de demander l'autorisation du CFIUS.

5 - Le processus CFIUS est encadré par une série de délais procéduraux visant à donner quelques certitudes aux parties quant au délai nécessaire à l'examen d'une opération donnée. La plupart des opérations sont censées obtenir l'approbation du CFIUS dans les 45 jours de l'acceptation par le comité d'une

déclaration relative à une opération. Toutefois, en réalité, le processus peut prendre beaucoup plus de temps, en particulier pour les opérations complexes ou potentiellement polémiques.

6 - Au cours des dernières décennies, les IDE chinois aux États-Unis ont connu une croissance exponentielle, atteignant un niveau record de 46,5 milliards de dollars en 2016, tout en gagnant en complexité et en ciblant les technologies de pointe et l'industrie manufacturière. Bien que certains signes montrent que la tendance s'est ralentie au cours de l'an dernier, cette politique semble en ligne avec l'objectif déclaré du Gouvernement chinois de devenir une puissance manufacturière de premier plan d'ici 2025 - une politique industrielle qui a troublé une grande partie du Gouvernement américain et du monde de la sécurité nationale. Réflétant ce malaise croissant à l'égard des IDE chinois, les objections du CFIUS ont contrecarré de nombreuses opérations de grande envergure d'investisseurs chinois dans des secteurs allant des semi-conducteurs et services financiers à la biotechnologie.

7 - L'attention portée par les États-Unis aux pratiques chinoises en matière de commerce et d'investissement s'est considérablement accrue sous l'administration Trump. Moins d'un an après son entrée en fonction, en août 2017, le président Trump a ordonné au représentant des États-Unis pour le commerce (*United State Trade Representative* : USTR) de mener une enquête approfondie sur les lois, politiques et pratiques déloyales de la Chine en application de la section 301 du *Trade Act* de 1974. Selon cette disposition, si l'USTR détermine qu'en raison d'un accord commercial les droits des États-Unis sont bafoués, il devra prendre « des mesures qui s'imposent dans le cadre des pouvoirs du Président [...] pour faire respecter ces droits ou obtenir l'élimination de tels actes, politiques ou pratiques ». En mars 2018, l'USTR a publié son « rapport section 301 » et a conclu que la Chine « s'était engagée dans une politique industrielle qui a entraîné un transfert et un vol de propriété intellectuelle et de technologie au détriment de notre économie et de l'avenir de nos travailleurs et de nos entreprises ».

8 - En réponse au « rapport section 301 », le président Trump a publié une note présidentielle décrivant une approche offensive à trois volets à l'égard de la Chine : droits de douane, règlement des différends de l'OMC et restrictions aux investissements. Cette dernière directive devait initialement avoir lieu dans le cadre d'une loi sur la sécurité nationale à grande échelle donnant au président une large marge d'appréciation pour prendre des mesures économiques en cas d'urgence nationale déclarée (*International Emergency Economic Powers Act* : IEEPA). Toutefois, en juin 2018, la Maison-Blanche a officiellement approuvé le *Foreign Investment Risk Review Modernization Act* (FIRRMA) comme un moyen suffisant pour « combattre les pratiques d'investissement prédatrices qui menacent le leadership dans les technologies critiques, la sécurité nationale et la prospérité économique future » des États-Unis. Le Congrès a adopté le *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2019* - qui contenait le FIRRMA dans son intégralité - en août 2018, et le président Trump a promulgué l'ambitieuse loi peu après.

1 V. *infra* § 8.

B. - Les régimes français et européens de contrôle des IDE

9 - À ce jour, il n'existe pas de contrôle des IDE au niveau européen en tant que tel. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) permet aux États membres de déroger à la libre circulation des capitaux uniquement pour des raisons de politique publique ou de sécurité publique. Les États membres disposent d'une marge de manœuvre pour déterminer ces exigences de politique et de sécurité publiques en fonction de leurs besoins nationaux, à condition qu'ils respectent les principes de proportionnalité et de sécurité juridique.

10 - Dans ce cadre, seuls 14 États membres (Allemagne, Autriche, Danemark, Espagne, Finlande, France, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Pays-Bas, Pologne, Portugal et Royaume-Uni) ont mis en place des mécanismes de filtrage des IDE. Les mécanismes mis en place diffèrent significativement tant dans leur champ d'application que leur fonctionnement, les États membres ayant des approches variées s'agissant des types d'opérations couvertes (seuils de contrôle, critères de sécurité nationale et distinctions fondées sur la nationalité de l'investisseur) et des procédures d'examen (autorisation préalable, notification post-réalisation ou contrôle *ex-post*).

11 - Le régime français de contrôle des IDE, prévu au Code monétaire et financier, qui est l'un des plus anciens dans l'UE, est resté assez ouvert. Datant d'une loi de 1966², il prévoit que les IDE dans les secteurs sensibles sont soumis à l'autorisation préalable du ministre de l'Économie.

12 - Les secteurs sensibles désignent les activités susceptibles de porter atteinte aux intérêts nationaux. La liste des secteurs sensibles est définie par décret, que le Gouvernement peut modifier facilement - comme il l'a fait pour la première fois en 2014 au moment de la vente de l'activité énergie d'Alstom à General Electric. Initialement, la liste visait les jeux d'argent (à l'exclusion des casinos), la sécurité privée, l'interception de correspondance, les biens et technologies à double usage, la cryptologie, la gestion de la sécurité des systèmes de technologies de l'information et la défense nationale. Lorsqu'en 2014 le Gouvernement français a réalisé qu'il n'était pas en mesure d'empêcher la prise de contrôle par un groupe américain d'un fleuron industriel national fournissant des rames et turbines pour les centrales électriques, la liste ci-dessus a été étendue à « d'autres activités » jugées essentielles à la garantie des intérêts du pays en matière d'ordre public, de sécurité publique ou de défense nationale dans les secteurs suivants : approvisionnement en énergie ou en eau, réseaux et services de transport ou de communications électroniques, et santé publique.

2 L. n° 66-1008, 28 déc. 1966, relative aux relations financières avec l'étranger : JO 29 déc. 1966, p. 11621.

13 - Un IDE dans un secteur sensible, qu'il provienne d'un investisseur ressortissant d'un État membre ou non de l'UE, est soumis à autorisation préalable dès qu'il vise à acquérir le contrôle ou une branche d'activité d'une entreprise française, quelle que soit la taille de l'entreprise. Un IDE dans un secteur sensible provenant d'un investisseur ressortissant d'un État non-membre est également soumis à autorisation préalable s'il vise à atteindre un certain seuil de participation (en termes de capital ou de droit de vote) dans une entreprise française, seuil qui était fixé à 33,33 % jusqu'à tout récemment³. Il convient de noter que le seuil de contrôle est apprécié en regroupant, le cas échéant, les investisseurs agissant ensemble, par le biais de tous types d'accord, oraux comme écrits. Si l'investisseur n'est pas certain que l'investissement envisagé soit effectivement soumis à autorisation préalable, il peut déposer - parallèlement à sa demande d'autorisation - une demande de confirmation au ministre de l'Économie, qui est alors censé répondre dans les 2 mois (étant précisé que l'absence de réponse ne vaut pas dispense de demande d'autorisation).

14 - L'autorisation peut être accordée, refusée ou soumise à des conditions visant à sauvegarder les intérêts nationaux. En pratique, la procédure d'autorisation préalable permet au ministre de l'Économie d'obtenir des engagements spécifiques de la part de l'investisseur tels que le maintien des activités, de l'emploi, des actifs, du siège social ou de sites stratégiques sur le territoire français, la nomination de citoyens français à des postes clés, ou le respect d'obligations contractuelles envers les clients ou les partenaires de l'entreprise. Le ministre peut également soumettre l'autorisation à des cessions d'activité.

15 - L'autorisation peut être refusée si le ministre estime qu'il y a (i) une présomption sérieuse que l'investisseur est susceptible de commettre certaines infractions criminelles (trafic de drogue, blanchiment d'argent, terrorisme, corruption, etc.) et/ou (ii) un risque d'atteinte aux intérêts nationaux tel que la mise en œuvre de conditions spécifiques ne suffirait pas à les préserver.

16 - Une fois qu'une demande d'approbation préalable de l'IDE a été déposée auprès du ministère de l'Économie et que le dossier est considéré complet, le ministre a 2 mois pour se prononcer. S'il ne répond pas, l'autorisation est réputée être accordée. L'investisseur ayant reçu l'autorisation devra ensuite informer le ministre lorsque l'opération d'investissement autorisée aura été réalisée.

17 - Le non-respect des exigences en matière d'autorisation préalable d'un IDE dans un secteur sensible constitue une infraction pénale, passible de sanctions lourdes (notamment la nullité de l'opération, une peine d'emprisonnement de 5 ans, la confiscation des biens et avoirs qui sont le produit direct ou indirect de l'investissement, une amende dont le montant est égal, au minimum, au montant de l'investissement et, au maximum, au

3 V. *infra* § 40.

double de ce montant). La pratique a néanmoins montré que ces sanctions ne sont presque jamais appliquées.

18 - Les parties étant tenues à la confidentialité, pour l'instant il n'existe pas de rapport public sur les autorisations, refus ou autorisations assorties d'engagements spécifiques. En théorie, les décisions du ministre peuvent faire l'objet d'un recours devant le juge administratif, mais il existe très peu de décisions en la matière, étant entendu que le délai pour obtenir un jugement est généralement incompatible avec celui de l'opération d'investissement envisagée. Les dernières réformes ont cherché à rendre la procédure davantage transparente.

2. Les dernières évolutions dans les approches américaine et européenne à l'égard des IDE

A. - Extension et modernisation du CFIUS

19 - Le FIRRMA a été promulgué en août 2018 avec l'intention de « moderniser le CFIUS [...] pour atteindre le double objectif de protection de la sécurité nationale et de maintien de la politique américaine historiquement ouverte à l'égard des investissements ». Il s'agit de la première réforme du CFIUS depuis plus d'une décennie, qui élargit la compétence du comité et apporte d'autres changements importants à ses règles de fonctionnement.

20 - Auparavant, la compétence du CFIUS se limitait à l'examen des fusions, acquisitions ou prises de contrôle qui pouvaient entraîner un « contrôle étranger » sur une entreprise américaine. Le FIRRMA étend la compétence du CFIUS pour viser les investissements dans certaines entreprises américaines (celles opérant dans des « infrastructures critiques » et « technologies critiques » et celles qui conservent ou collectent des données personnelles sensibles de citoyens américains) qui donnent à l'investisseur étranger « accès à des informations techniques non publiques importantes », « le droit d'être membre ou censeur au conseil d'administration », ou « le droit de participer à la prise de décisions de fond concernant l'entreprise américaine ». Le FIRRMA autorise également le CFIUS à examiner tout achat ou prise à bail par un investisseur étranger, ou concession à un investisseur étranger, d'un bien immobilier proche d'une installation publique du Gouvernement américain.

21 - Le FIRRMA cherche également à combler certaines lacunes constatées sous le régime antérieur du CFIUS. Pour la première fois, le FIRRMA exige que les parties à certaines catégories d'opérations couvertes déposent une demande auprès du

Au cours des dernières décennies, les IDE chinois aux États-Unis ont connu une croissance exponentielle (...) tout en gagnant en complexité et en ciblant les technologies de pointe

CFIUS, notamment lorsqu'une entité relevant d'un gouvernement étranger acquiert un « intérêt substantiel » dans une entreprise américaine. Le FIRRMA étend également expressément la compétence du CFIUS aux opérations « destinées ou conçues pour éluder ou contourner » le processus d'examen du CFIUS.

Ce concept n'ayant pas été défini par la loi, le CFIUS dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour qualifier les actions ayant pour but d'échapper à l'examen du CFIUS et pourrait accroître considérablement sa compétence.

22 - Le FIRRMA introduit également certains changements procéduraux au processus d'examen du CFIUS. Pour la première fois, il est mis en place un processus d'examen simplifié par lequel les parties aux opérations couvertes peuvent choisir de soumettre « une déclaration avec des informations de base concernant l'opération » au lieu du processus écrit traditionnel, qui est plus long. Pour les parties soumises à l'examen traditionnel, le FIRRMA allonge le processus en étendant la phase d'« examen » de 30 à 45 jours et en permettant au président du comité de prolonger l'examen d'une période de 15 jours en cas de « circonstances extraordinaires ». Le FIRRMA autorise également le comité, pour la première fois, à évaluer et à percevoir des frais de dépôt dont le montant ne pourra excéder la plus faible des valeurs entre 1 % du montant de l'opération et 300 000 dollars.

23 - Le FIRRMA n'impose pas de nouvelles restrictions propres à la Chine sur les investissements. Toutefois, son texte indique dans des termes non contraignants qu'il est « de l'intention du Congrès » que le comité puisse examiner « si une opération couverte implique un pays suscitant une vigilance particulière compte tenu d'un objectif stratégique avéré ou public d'acquérir un type de technologie ou d'infrastructure critique ». Ce langage révèle l'attention continue du Congrès à l'égard de la Chine et indique au comité qu'un examen plus approfondi des investissements chinois est bienvenu. La loi exige également des rapports périodiques sur les investissements chinois, incluant une analyse des modèles d'investissement en regard avec la politique industrielle chinoise « *Made in China 2025* ».

24 - Un certain nombre de dispositions clés du FIRRMA n'entreront en vigueur qu'après l'adoption de décrets d'application par le Trésor ou en février 2020, selon le premier des deux événements. Le département du Trésor a fait le premier pas en octobre 2018 pour mettre en œuvre le FIRRMA avec le lancement d'un « programme pilote », qui exige le dépôt de déclarations obligatoires auprès du CFIUS pour les investissements sans prise de contrôle effectués par des investisseurs étrangers dans des entreprises américaines opérant dans les technologies critiques au sein des industries listées dans le texte du programme pilote. Le 24 septembre 2019, le Trésor a publié deux propositions de décrets qui mettraient en œuvre la plupart des autres dispositions du FIRR-

MA, notamment l'examen par le CFIUS des investissements contrôlés par des gouvernements étrangers, des investissements dans des sociétés américaines d'infrastructures critiques et dans les sociétés qui détiennent des données personnelles américaines sensibles, les changements procéduraux du processus CFIUS et la nouvelle compétence du CFIUS pour examiner certaines opérations immobilières américaines. Les règles proposées ne modifient pas le programme pilote existant, qui pourrait être renouvelé ou modifié par le Trésor avant son expiration le 5 mars 2020.

25 - Parmi les technologies critiques, un domaine reste actuellement indéfini : celui des « technologies émergentes et de base », qui sont des technologies n'étant actuellement pas assujetties aux contrôles américains à l'exportation et jugées « essentielles à la sécurité nationale des États-Unis ». En novembre 2018, le Bureau de l'industrie et de la sécurité du département du commerce s'est orienté vers la définition de « technologies émergentes et de base » en invitant le public à faire part de ses commentaires sur les « critères de définition et d'identification des technologies émergentes ». La définition et l'identification des « technologies émergentes » pourraient avoir de vastes répercussions sur les contrôles à l'exportation et les investissements étrangers aux États-Unis, puisque les entreprises américaines qui produisent ou développent ces technologies seront soumises à des contrôles supplémentaires à l'exportation et à des examens plus poussés en matière d'investissements étrangers.

B. - Vers une approche européenne des mécanismes de filtrage des IDE

26 - La France, en réponse aux développements annoncés dans certains pays comme les États-Unis, et soutenue par l'Allemagne et l'Italie, a encouragé la Commission européenne à adopter une position claire sur les règles en matière investissements étrangers dans l'UE. Toutefois, l'UE étant la principale source d'IDE entrants et sortants dans le monde entier, certains autres États membres ont exprimé la crainte que le mécanisme soit considéré comme un signal protectionniste, une menace pour les investissements essentiels à leur croissance.

27 - Dans ce contexte, la Commission européenne a présenté, en septembre 2017, un projet de règlement établissant un cadre pour le filtrage des IDE dans l'UE sur le fondement de la sécurité ou de l'ordre public dans les États membres. Ce faisant, la Commission a insisté sur le fait que le but du projet de règlement n'était pas de centraliser les contrôles des IDE, mais d'harmoniser et de coordonner les approches. Les États membres conserveront leurs pouvoirs existants et ne sont pas tenus d'adopter des mécanismes de contrôle, mais lorsque ces mécanismes existent, ils doivent se conformer à des normes communes afin de garantir la transparence, la non-discrimination et la prévisibilité.

28 - Le règlement⁴, issu des négociations du « trilogue » et de l'accord politique entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission du 20 novembre 2018, a été approuvé par le Parlement européen en février 2019 et par le Conseil en mars 2019. Il est entré en vigueur le 10 avril 2019, et s'appliquera à partir du 11 octobre 2020 après une période de transition de 18 mois afin de permettre aux États de l'UE ayant des mécanismes de filtrage d'adapter leur droit aux nouvelles règles et de mettre en place avec la Commission le mécanisme de coopération à l'échelle européenne décrit ci-après.

29 - En premier lieu, le règlement vise à harmoniser les processus de filtrage dans les États membres et partager les meilleures pratiques.

30 - Le règlement fournit une liste de facteurs qui peuvent être pris en considération pour déterminer si un IDE est susceptible d'affecter la sécurité ou l'ordre public. La liste des facteurs, proposée par la Commission et sensiblement élargie sous l'impulsion du Parlement, reste en tout état de cause non exhaustive. En contrôlant les IDE, les États membres et la Commission (en ce qui concerne les investissements susceptibles d'affecter les projets ou programmes identifiés comme présentant un intérêt pour l'Union) peuvent analyser les effets sur (i) les infrastructures critiques (y compris les infrastructures liées à l'énergie, les transports, l'eau, la santé, les communications, les médias, le traitement ou le stockage de données, l'aérospatiale, la défense, les infrastructures électorales ou financières et les installations sensibles ainsi que les terrains et les biens immobiliers essentiels pour l'utilisation desdites infrastructures), (ii) les technologies critiques et les biens à double usage (y compris les technologies concernant l'intelligence artificielle, la robotique, les semi-conducteurs, la cybersécurité, l'aérospatiale, la défense, le stockage de l'énergie, les technologies quantiques et nucléaires, ainsi que les nanotechnologies et les biotechnologies), (iii) l'approvisionnement en intrants essentiels (y compris l'énergie ou les matières premières, ainsi que la sécurité alimentaire), (iv) l'accès à des informations sensibles ou la capacité de contrôler de telles informations, ou (v) la liberté et le pluralisme des médias. De plus, ils peuvent tenir compte du fait que l'investisseur est directement ou indirectement contrôlé par le Gouvernement d'un pays non membre de l'UE, qu'il a déjà été impliqué dans des activités affectant la sécurité ou l'ordre public d'un État membre, ou qu'il est susceptible de se livrer à des activités illégales ou criminelles.

31 - Selon le règlement, les mécanismes de filtrage doivent être transparents et ne pas faire de distinction entre les pays tiers à l'UE. En particulier, les États membres doivent énoncer clairement les conditions de déclenchement et les motifs du filtrage, prévoir des règles de procédure assorties de délais pour la publi-

4 PE et Cons. UE, règl. (UE) 2019/452, 19 mars 2019 : JOUE n° L 79, 21 mars 2019, p. 1 ; JCP E 2019, act. 202. - V. déjà *Contrôle des investissements étrangers au sein de l'Union européenne - États des lieux et perspectives* : JCP E 2018, 1057, F. Malher.

Le règlement européen vise à harmoniser les processus de filtrage dans les États membres et partager les meilleures pratiques

cation des décisions de filtrage et la possibilité pour les autres États membres et la Commission de soumettre des commentaires, de protéger les informations confidentielles fournies par les investisseurs étrangers, et donner aux investisseurs étrangers et aux entreprises concernées la possibilité de former un recours contre les décisions de filtrage des autorités nationales.

32 - Les États membres doivent notifier leurs mécanismes de contrôle à la Commission, qui publiera et tiendra à jour une liste de ces mécanismes. Tous les États membres doivent fournir des rapports annuels sur les IDE intervenus dans leur pays, sur la base des informations dont ils disposent. De plus, les États membres dotés de mécanismes de contrôle doivent fournir des rapports annuels sur leur application (incluant les décisions d'autorisation, d'autorisation conditionnée ou de refus).

33 - En deuxième lieu, le règlement organise un mécanisme européen de coopération pour l'échange d'informations sur les IDE, permettant aux États membres et à la Commission d'avoir un aperçu des stratégies mises en œuvre par les investisseurs étrangers et de faire état de leurs préoccupations concernant des investissements spécifiques.

34 - Un État membre procédant à l'examen d'un IDE doit le notifier aux autres États membres et à la Commission (en fournissant des informations décrivant en particulier la structure de détention de l'investisseur et de l'entreprise dans laquelle l'IDE est envisagé ou a été réalisé, la valeur de l'IDE, les secteurs concernés, la source de financement et la date) dès que possible.

35 - Lorsqu'un État membre considère qu'un IDE est susceptible d'affecter sa sécurité ou son ordre public, il peut fournir des commentaires à l'État membre procédant au contrôle ou vers lequel l'IDE est envisagé ou a été réalisé, dans un délai raisonnable. Lorsque la Commission estime qu'un IDE est susceptible d'affecter la sécurité ou l'ordre public dans plus d'un État membre ou des projets ou programmes présentant un intérêt pour l'Union, elle peut émettre un avis pour l'État membre auquel l'investissement est destiné. La Commission peut émettre un avis à la suite de commentaires d'autres États membres, lorsqu'au moins un tiers des États membres considère qu'un IDE est susceptible d'affecter leur sécurité ou leur ordre public.

36 - L'État membre vers lequel l'investissement est dirigé devra prendre en considération tout commentaire et avis, mais n'est pas lié par ceux-ci. Toutefois, en ce qui concerne les IDE susceptibles d'affecter des projets ou des programmes présentant un intérêt pour l'Union, l'État membre doit fournir une explication à la Commission au cas où l'avis ne serait pas suivi.

37 - Dans le même temps et dans le même esprit, par le biais de la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite

loi PACTE (pour « Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises ») adoptée le 22 mai 2019⁵, la France a considérablement étendu et renforcé son processus de contrôle des IDE,

tout en s'efforçant de le rendre plus intelligible et transparent.

38 - Le champ d'application du contrôle a été élargi à deux reprises et clarifié. Depuis le 1^{er} janvier 2019 (en vertu d'un décret du 29 novembre 2018⁶), la liste des secteurs sensibles comprend les activités jugées essentielles à la sauvegarde des intérêts nationaux dans les domaines des opérations spatiales et des systèmes électroniques et informatiques spécifiques nécessaires aux services de police, ainsi que les activités de recherche et développement destinées à être mises en œuvre dans les secteurs sensibles et portant sur la cybersécurité, l'intelligence artificielle, la robotique, la fabrication additive, les semi-conducteurs, les biens et technologies à double usage et les activités d'hébergement de données. Enfin, en vertu d'un nouveau décret et d'un arrêté en date du 31 décembre dernier⁷, seront également intégrées les activités relatives aux produits agricoles contribuant à la sécurité alimentaire, les activités relatives à la presse écrite et numérique d'information politique et générale, ainsi que les activités de recherche et développement portant sur les technologies quantiques et le stockage d'énergie. Puisque le régime de contrôle concerne les entreprises cibles de toutes tailles, tant les grands groupes que les start-up, certains craignent que l'extension crée un frein au financement des start-up dans le domaine des nouvelles technologies.

39 - Pour faciliter le processus, la faculté a été ouverte aux entreprises françaises cibles de saisir elles-mêmes le ministre de l'Économie afin de confirmer si l'opération d'investissement envisagée est soumise à la réglementation, alors que, jusqu'à présent, seul l'investisseur étranger pouvait le faire.

40 - En outre, le décret du 31 décembre 2019 a abaissé le seuil de participation déclenchant le processus de contrôle de 33,33 % à 25 %. Lors du dépôt de son dossier de demande d'autorisation auprès de la Direction générale du Trésor, l'investisseur étranger devra désormais préciser ses liens éventuels avec des États ou organismes publics tiers à l'UE. Le nouveau cadre procédural prévoit une première réponse du ministre sous 30 jours, et une réponse définitive dans les 45 jours suivants la première

5 L. n° 2019-486, 22 mai 2019 : JO 23 mai 2019, texte n° 2 ; JCP E 2019, act. 359. - Pour un dossier sur la loi PACTE, V. JCP E 2019, 1317 ; et spéc. JCP E 2019, 1323, B. Dondero, J.-R. Bousquet et L.-N. Ricard.

6 D. n° 2018-1057, 29 nov. 2018, relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable : JO 1^{er} déc. 2018, texte n° 11 ; JCP E 2018, act. 933.

7 D. n° 2019-1590, 31 déc. 2019, relatif aux investissements étrangers en France : JO 1^{er} janv. 2020, texte n° 35. - A. n° ECOT1937237A, 31 déc. 2019, relatif aux investissements étrangers en France relatif aux investissements étrangers en France : JO 1^{er} janv. 2020 : texte n° 38. - Sur ces deux textes, V. JCP E 2020, act. 33.

réponse. Le défaut de réponse équivaut toujours à un rejet de la demande.

41 - La loi PACTE a également augmenté les pouvoirs du ministre de l'Économie. L'idée était de lui fournir un nouvel arsenal de sanctions plus adaptées, suffisamment dissuasives et permettant d'assurer un meilleur suivi des engagements pris. Si un IDE a été effectué sans autorisation préalable, le ministre peut enjoindre à l'investisseur, sous peine d'une astreinte d'un montant maximum de 50 000 € par jour, de déposer une demande d'autorisation, de modifier l'investissement ou de rétablir à ses frais la situation antérieure. Le ministre peut également, à titre conservatoire, suspendre les droits de vote, interdire la distribution de dividendes, interdire temporairement la libre disposition d'actifs ou nommer un agent chargé de veiller, au sein de l'entreprise, par le biais d'un droit de veto, à la protection des intérêts nationaux. En cas de réalisation d'un IDE sans autorisation préalable, de fraude ou de non-respect des conditions d'autorisation ou d'une décision d'injonction, le ministre peut infliger une amende, dont le montant maximum a été porté à la plus élevée des sommes entre (i) le double du montant de l'investissement irrégulier, (ii) 10 % du chiffre d'affaires annuel de la société hors taxes ou (iii) 1 million d'euros pour les particuliers et 5 millions d'euros pour les personnes morales.

42 - Enfin, à la demande du Parlement français (ayant rappelé l'affaire Alstom/General Electric qui avait montré les failles du mécanisme de contrôle et proposant de suivre l'exemple des États-Unis), des mesures d'information du public et une procédure de contrôle parlementaire ont été mises en place. À compter de cette année, le ministre de l'Économie devra publier chaque année des données statistiques sur le contrôle des IDE en France - en garantissant l'anonymat des personnes ou entités concernées. Surtout, le Gouvernement devra transmettre chaque année au Parlement un rapport sur l'action du Gouvernement en matière de contrôle des investissements étrangers (comprenant notamment des éléments détaillés relatifs aux nombres de demandes d'autorisation préalables adressées au ministre, d'opérations autorisées, d'opérations autorisées assorties de conditions, d'opérations refusées, ainsi que des éléments relatifs à l'exercice par le ministre de son pouvoir de sanction). Sur cette base, le Parlement peut auditionner des membres de l'Administration, procéder à des investigations, publier des rapports relatant ces diligences - en veillant toujours à l'anonymat des personnes ou entités concernées, et adresser des recommandations et observations au président de la République, au Premier ministre et aux ministres compétents. Ces nouvelles dispositions reflètent la volonté du Parlement de rendre le contrôle des IDE plus transparent, conformément au nouveau cadre instauré par l'UE. ■

L'essentiel à retenir

- La tendance au renforcement du contrôle des investissements étrangers s'observe tant aux États-Unis que dans l'UE.
- Aux États-Unis, le CFIUS (comité en charge d'examiner les opérations entraînant le contrôle d'une entreprise américaine par un investisseur étranger en matière de sécurité nationale) a vu ses compétences élargies. En effet, une enquête menée sur ordre du président Trump a fait état d'un risque de vol de propriété intellectuelle et de technologie de la part de la Chine. En réponse, en août 2018, le « FIRRMA » a élargi la compétence du CFIUS à certains investissements donnant à l'investisseur accès à des informations critiques ou un pouvoir décisionnaire et a rendu la procédure obligatoire pour certaines catégories d'opérations.
- Au niveau de l'UE, s'il n'existe pas de mécanisme de contrôle des IDE en tant que tel, en mars 2019, un règlement a été adopté afin d'établir un cadre pour les filtrages mis en place par les États membres et organiser une coopération pour l'échange d'informations. La France, dans ce cadre européen et par le biais de la loi PACTE adoptée en mai 2019, a complété à deux reprises la liste des secteurs sensibles (pour inclure notamment l'IA et la presse d'information politique), abaissé le seuil de contrôle, renforcé et adapté les pouvoirs de sanction du ministre et instauré des mesures d'informations du public et du Parlement sur l'action du Gouvernement.