

Le renforcement des sanctions applicables aux investissements étrangers en France à l'aune de la loi PACTE



Alexandre Brugière,
Avocat associé,
Coblence & associés



Alexandre Robert,
Avocat,
Coblence & associés

L'attractivité de la France vis-à-vis des investisseurs étrangers s'est encore améliorée au cours de l'année 2018, et cela malgré une croissance mondiale qui semble se tasser, des tensions économiques et géopolitiques, et une montée en puissance de protectionnismes nationaux marqués, en particulier aux États-Unis et en Chine. Une fois de plus pour l'année 2018, « un record a été établi, avec 1 323 projets d'investissements étrangers, un chiffre qui surpasse celui de 2017, soit 1 298, qui déjà constituait un record »¹.

Sur le plan juridique, le Code monétaire et financier (« CMF ») et plusieurs textes réglementaires encadrent assez strictement le régime des autorisations/notifications préalables à obtenir/effectuer dans le cadre d'investissements étrangers. Par principe, c'est la règle de la liberté qui prévaut : « *les relations financières entre la France et l'étranger sont libres* »². Si le principe de liberté est clairement inscrit dans le CMF, il n'en demeure pas moins que les textes réglementaires successifs, le droit européen³, ainsi que les récents ajustements qui seront implémentés dans le cadre du projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises (déposé à l'Assemblée nationale le 19 juin 2018) dit « *loi PACTE* »⁴, laissent à penser que le renforcement des mécanismes de contrôle des investissements étrangers en France (et à travers le monde) constitue une tendance de fond dans les opérations de M&A. L'article L. 151-1 précité prévoit en effet à son alinéa 2 que cette liberté doit s'exercer « *dans les limites prévues [par le CMF], dans le respect des engagements internationaux souscrits par la France* ». Ainsi, et malgré les quelques exceptions posées par le CMF, une grande partie des opérations impliquant un investissement étranger en France entre effectivement dans le champ d'application de la réglementation posée par le CMF.

Le CMF prévoit deux types de mécanismes de régulation :

- un régime déclaratif consistant en une déclaration administrative auprès de la Direction du Trésor ou

d'une déclaration statistique à la Banque de France, dans certains cas⁵ ;

- un régime d'autorisation, consistant en une demande d'autorisation préalable à transmettre au ministère de l'Économie⁶. Le CMF prévoit en parallèle la possibilité d'utiliser une procédure de question préalable permettant à un investisseur de solliciter le ministère afin de déterminer, en amont, si l'opération projetée entre dans le champ d'application de l'autorisation préalable.

Le CMF différencie les investissements étrangers :

- en provenance de pays tiers⁷ ;
- en provenance des États membres de l'Union européenne⁸ ; et
- effectués par une entreprise de droit français, contrôlée par une entité étrangère⁹.

Le régime le plus contraignant, à savoir la procédure d'autorisation concernant les investissements étrangers en provenance de pays tiers (I), ainsi que la procédure de questionnement préalable du ministre (II) se trouvent impactés par les récentes évolutions législatives et réglementaires, dont fait partie la loi PACTE.

I. LA PROCÉDURE D'AUTORISATION

A. CHAMP MATÉRIEL

L'article L. 151-3 du CMF fixe le cadre légal du régime et laisse aux textes réglementaires le soin de préciser : la nature des investissements étrangers règlementés (1), le champ des activités soumises à autorisation (2), et les exceptions au régime d'autorisation (3).

1. NATURE DE L'OPÉRATION

Selon l'article R. 153-1 du CMF, constitue un investissement, le fait pour un investisseur :

- **1^{er} critère** : d'acquiescer le contrôle, au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, d'une entreprise dont le siège social est établi en France ; ou
- **2^e critère** : d'acquiescer tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise dont le siège social est établi en France ; ou
- **3^e critère** : de franchir le seuil de 33,33 % de détention du capital ou des droits de vote d'une entreprise dont le siège social est établi en France.

Le premier critère est usuel, il englobe tous les cas de changement de contrôle tels que décrits à l'article L. 233-3 du Code de commerce, incluant notamment les changements de contrôle directs ou indirects (y compris les actions de concert), ou les prises de participation d'un bloc minoritaire détenant la majorité des droits de vote en assemblée générale.

Le deuxième critère, plus protéiforme et moins précis juridiquement, vise la « *branche d'activité* » d'une entreprise, notion plus managériale que juridique ne permettant pas de déterminer systématiquement si l'opération entre dans ce champ et laissant un large pouvoir d'appréciation aux pouvoirs publics. La jurisprudence s'est chargée de qualifier la « *branche d'activité* », affirmant que cette notion devait se définir comme « *l'ensemble des éléments qui constituent une exploitation autonome susceptible de fonctionner par ses propres moyens* »¹⁰. Pour ce critère, l'analyse est à effectuer au cas par cas.

1) Bilan 2018 des investissements internationaux en France – BUSINESS France – 4 avril 2019.

2) Article L. 151-1 du CMF. C'est le cas des investissements réalisés dans les secteurs non-sensibles qui ne nécessitent qu'une simple déclaration statistique.

3) La Commission européenne a rendu public en 2017 un projet de règlement visant à mettre en place un cadre juridique commun et un mécanisme de coopération entre les États membres et la Commission européenne pour le « *filtrage* » des investissements étrangers au sein de l'Union européenne. Ce projet, arrêté le 19 mars 2019, est entré en vigueur à compter du 10 avril 2019 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019R0452&from=EN>).

4) NOR ECOT1810669L - En son article 55 (et sous réserve du contrôle de constitutionnalité, le cas échéant).

5) Non évoqué dans cette note.

6) Le refus d'autorisation devant être motivé (R. 153-10 du CMF). À cet égard, il est à noter que le décret en date du 29 novembre 2018 cité ci-dessous a élargi les motifs de refus des investissements étrangers, incluant notamment les menaces sur la « *protection des données* ».

7) R. 153-1 et R. 153-2 du CMF.

8) R. 153-3 à R. 153-5 du CMF.

9) R. 153-5-1 et R. 153-5-2 du CMF.

10) Cass. com., 06/02/1990, *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 377, note Derouin ; « Investissement étrangers. Procédure d'autorisation. Défense des intérêts nationaux » – C. Champaud – D. Danet – RTD com. 2006. 409.

Le troisième critère, plus mécanique et réservé aux investissements étrangers en provenance de pays tiers, vise le dépassement du tiers du capital, ou des droits de vote, dans la cible française objet de l'investissement.

2. ACTIVITÉS SOUMISES À AUTORISATION

Les activités soumises à autorisation visent notamment à sauvegarder les intérêts économiques, stratégiques, énergétiques et de défense de la nation. Elles comprennent principalement (a) les activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale, et (b) les activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives.

Un décret du 14 mai 2014¹¹ est venu ajouter six nouveaux secteurs à la liste de l'article R. 153-2 du CMF, élargissant sensiblement son champ d'application :

- « • *Intégrité, sécurité et continuité de l'approvisionnement en [énergie] ;*
- *Intégrité, sécurité et continuité de l'approvisionnement en eau [...] ;*
- *Intégrité, sécurité et continuité d'exploitation des réseaux et des services de transport ;*
- *Intégrité, sécurité et continuité d'exploitation des réseaux et des services de communications électroniques ;*
- *Intégrité, sécurité et continuité d'exploitation d'un établissement, d'une installation ou d'un ouvrage d'importance vitale [...] ;*
- *Protection de la santé publique. »*

Un second décret du 29 novembre 2018¹² a élargi une nouvelle fois la liste des secteurs relevant de la procédure d'autorisation, afin de mieux protéger les secteurs dits « d'avenir » liés notamment aux technologies nouvelles (robotique, IA, etc.) :

- « • *Cybersécurité, intelligence artificielle, robotique, fabrication additive, semi-conducteurs ;*
- *Biens et technologies à double usage [...] ;*
- *Activités d'hébergement de données [...] »*

3. LES EXCEPTIONS AU RÉGIME D'AUTORISATION

L'article R. 153-6 du CMF prévoit toutefois deux exceptions au régime d'autorisation :

- lorsque l'investissement est réalisé entre des entreprises appartenant toutes au même groupe, c'est-à-dire étant détenues à plus de 50 % du capital ou des droits de vote, directement ou indirectement par le même actionnaire¹³ ; ou
- lorsque l'investisseur qui franchit le seuil de 33,33 % de détention du capital ou des droits de vote d'une entreprise ayant son siège social en France a déjà été autorisé à acquérir le contrôle de celle-ci au titre du 1^{er} critère.

11) Décret n° 2014-479 du 14 mai 2014.

12) Décret n° 2018-1057, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2019, qui avait été annoncé dans l'exposé des motifs du projet de la loi PACTE. Près de 750 nouvelles entreprises françaises seraient ainsi rentrées dans le champ du contrôle préalable selon un rapport législatif du Sénat (n° 254).

13) L'alinéa 2 du I de cet article admet une exception à l'exception : « L'autorisation n'est toutefois pas réputée acquise lorsque l'investissement a pour objet de transférer à l'étranger tout ou partie d'une branche d'une des activités énumérées respectivement aux articles R. 153-2 et R. 153-4 ».

14) Seule une mise en cohérence des renvois par rapport aux autres modifications est prévue.

15) Ce mandataire peut faire obstacle à toute décision des organes sociaux de nature à porter atteinte à ces intérêts. Sa rémunération est fixée par le ministre et est prise en charge par l'entreprise qui l'a désigné.



B. SANCTIONS APPLICABLES

1. SANCTIONS CIVILES

L'article L. 151-4 du CMF dispose que l'investisseur qui n'aurait pas suivi la procédure d'autorisation pourrait voir prononcée la nullité absolue de tout engagement, convention ou clauses contractuelles acceptés et réalisés dans le cadre de son investissement.

La loi PACTE ne prévoit pas de modifications de fond à cet égard¹⁴.

2. SANCTIONS ADMINISTRATIVES

Selon l'article L. 151-3 III. du CMF, le ministre de l'Économie peut enjoindre à l'investisseur « *de ne pas donner suite à l'opération, de la modifier ou de faire rétablir à ses frais la situation antérieure* ».

La loi PACTE prévoit toutefois la suppression de cette disposition et l'ajout en lieu et place de deux nouveaux articles : le L. 151-3-1, et le L. 151-3-2.

Le nouvel article L.151-3-1 prévoit, à ce jour, que :

– pour un investissement réalisé sans autorisation préalable, le ministre aurait la possibilité :

- comme actuellement, d'enjoindre à l'investisseur de déposer une demande d'autorisation, de faire rétablir à ses frais la situation antérieure ou de modifier l'investissement. La nouveauté étant qu'il peut assortir cette sanction d'une astreinte ;
- de prononcer la suspension des droits de vote attachés à la fraction des titres dont la détention par l'investisseur aurait dû faire l'objet d'une autorisation ;
- d'interdire ou limiter la distribution des dividendes ou des rémunérations attachés aux titres dont la détention par l'investisseur aurait dû faire l'objet d'une autorisation ;
- de suspendre, restreindre ou interdire temporairement la libre disposition de tout ou partie

des actifs liés aux activités concernées au cas d'espèce ;

- de désigner un mandataire chargé de veiller à la protection des intérêts nationaux¹⁵.

– Si le ministre estime que les conditions dont est assortie son autorisation ont été méconnues, il aurait la possibilité, éventuellement sous astreinte :

- de retirer l'autorisation (à moins de revenir à l'état antérieur à l'investissement, l'investisseur étranger doit solliciter de nouveau l'autorisation d'investissement) ;
- d'enjoindre à l'investisseur de respecter les conditions figurant dans l'autorisation ;
- d'enjoindre à l'investisseur d'exécuter des prescriptions en substitution de l'obligation non exécutée, y compris le rétablissement de la situation antérieure au non-respect de cette obligation ou la cession de tout ou partie des activités concernées.

Ces injonctions ne pourraient intervenir qu'après l'envoi d'une mise en demeure à l'investisseur de faire connaître ses observations dans un délai de quinze jours (sauf exception). Il est également précisé que ces décisions sont susceptibles d'un recours de plein contentieux.

Le nouvel article L. 151-3-2 prévoit, pour sa part, un alourdissement significatif des sanctions financières prononçables en cas :

- de réalisation d'un investissement sans autorisation préalable ;
- d'obtention par fraude d'une autorisation préalable ;
- de méconnaissance des conditions prescrites, lorsque l'autorisation donnée est assortie de conditions visant à assurer que l'investissement ne portera pas atteinte aux intérêts nationaux ;
- d'inexécution totale ou partielle des décisions ou injonctions prises sur le fondement de l'article L.151-3-1.

Dans de tels cas, le ministre pourrait, après avoir mis l'investisseur à même de présenter ses observations dans un délai minimum de quinze jours, lui infliger une sanction pécuniaire dont le montant s'élèverait au maximum à la plus élevée des sommes suivantes :

- le double du montant de l'investissement irrégulier ; ou
- 10 % du CA annuel HT de l'entreprise qui exerce l'activité réglementée ; ou
- 5 000 000 euros pour les personnes morales (1 000 000 euros pour les personnes physiques).

3. SANCTIONS PÉNALES

Les articles L. 165-1 du CMF et 459 du Code des douanes prévoient les sanctions pénales applicables en cas de non-respect des obligations ci-dessus évoquées.

La réalisation d'un investissement étranger sans autorisation préalable, alors que cette autorisation est requise, constitue une infraction exposant son auteur à une peine d'emprisonnement de cinq années, à la confiscation des biens et avoirs qui sont le produit direct ou indirect de l'infraction et d'une amende égale au minimum au montant et au maximum au double de la somme sur laquelle a porté l'infraction ou la tentative d'infraction.

Par conséquent, l'opération envisagée ne peut être conclue, même sous conditions suspensives.

II. LA PROCÉDURE DE QUESTIONNEMENT

PRÉALABLE DU MINISTRE (OU RESCRIPT)

L'article R. 153-7 du CMF prévoit qu'« avant la réalisation d'un investissement, l'investisseur ou l'entreprise exerçant les activités objet de

l'investissement peut saisir le ministre [...] aux fins de savoir si cet investissement est soumis à une procédure d'autorisation. Le ministre répond dans un délai de deux mois [...] ». Cet article, instaurant la question préalable à soumettre au ministre sur l'application éventuelle du régime d'autorisation, n'est pas extrêmement précis et peu commenté en doctrine. Dans le cadre de cette procédure, l'absence de réponse du ministre ne vaut pas autorisation¹⁶. Par ailleurs, il n'existe pas de délai légal à partir duquel la décision est susceptible de faire grief. Ainsi, il n'est pas certain que cette procédure de questionnement préalable ait une réelle valeur ajoutée¹⁷, d'autant plus que le III. de l'article R. 153-6 du CMF, qui pose les exceptions au régime d'autorisation, précise que « si une demande préalable d'autorisation [a été présentée alors que l'opération entrait dans le champ des exceptions] (...), l'accusé de réception qui en est délivré mentionne que la demande est sans objet ».

Rappelons ici, au surplus, que les demandes sont examinées par le ministre uniquement à partir du moment où le dossier complet a été effectivement reçu, cette complétude restant à l'appréciation du ministre. L'absence de délai contraignant prescrit par les textes dans ce cadre est ainsi susceptible de rallonger le temps de traitement du dossier. Le ministre, de son côté, affirme que le temps de traitement des questionnements préalables est généralement d'un mois et ne dépasse que très rarement le délai de deux mois prescrit en matière de demande d'autorisation. En tout état de cause, une fois le questionnement préalable envoyé, il n'est plus conseillé d'envoyer une demande d'autorisation pour

accélérer le processus avant même d'avoir obtenu une réponse du ministère sur le questionnement dès lors que celui-ci, toujours en cours, serait réputé caduc par le ministère et les travaux de vérifications repartiraient de zéro.

Par conséquent, la question préalable au ministre est à double tranchant, et le choix de la procédure à suivre dépendra beaucoup de la configuration du dossier. Il est à noter à cet égard que depuis le décret précité en date du 29 novembre 2018, l'entreprise qui fait l'objet de l'investissement a la possibilité de saisir elle-même préalablement le ministre afin de savoir si l'investissement projeté est soumis à autorisation, alors que seul l'investisseur pouvait utiliser cette procédure de questionnement préalable auparavant¹⁸.

Les évolutions législatives et réglementaires récentes, en France, en Europe et dans le monde, vont notamment dans le sens d'une extension des activités soumises à régulation, d'un renforcement des pouvoirs d'injonction et de sanction des organes de contrôle, et d'une amélioration du suivi des engagements pris par les différents acteurs (investisseurs, société cible, etc.)¹⁹. La loi PACTE s'inscrit dans ce mouvement protectionniste global qui répond à une volonté des États de contrôler et mieux protéger les secteurs nationaux sensibles, et notamment, s'agissant d'opérateurs technologiques étrangers, de veiller au respect des intérêts nationaux dans des secteurs technologiques particulièrement surveillés (robotique, IA, etc.).

2019-4803

16) Alors que dans le cadre de la procédure d'autorisation, le silence de l'administration vaut autorisation.

17) D. Filippova - 2011 « Le contrôle des investissements étrangers par les États membres face à l'Union européenne : 4^e pilier ou 5^e colonne ? ».

18) Il n'est toutefois pas certain que cette timide évolution ait un impact très significatif en pratique sur cette procédure.

19) P. Bine, Investissements étrangers. « Les tendances de fond en matière de contrôle des investissements étrangers », JCP 2018. 405.

Brèves

ESSONNE

Lancement de la seconde édition du Prix citoyen

Du 16 avril au 13 octobre 2019, les Essonnais âgés de 16 à 25 ans sont invités à participer à la seconde édition du Prix citoyen organisé par le Département. Ils pourront ainsi valoriser leurs actions citoyennes et remporter des prix de 500 à 1 000 euros. Trois thèmes sont proposés : le harcèlement scolaire / la santé, un droit pour tous / le numérique, vecteur de lien social – lutter contre la fracture numérique. Pour participer, il suffit d'être âgé de 16 à 25 ans et domicilié en Essonne. Les actions, individuelles ou collectives, pourront être accompagnées par des structures jeunesse mais elles devront être à l'initiative des jeunes et réalisées en Essonne. Les projets retenus seront récompensés lors d'une cérémonie officielle et feront l'objet d'une communication auprès des jeunes Essonnais. En 2018, le jury avait récompensé trois équipes qui avaient chacune produit un court-métrage sur le thème du harcèlement scolaire.

VAL-D'OISE

Les parkings de Cergy-Pontoise changent de main

Au 1^{er} juin 2019, les 20 parkings de l'agglomération de Cergy-Pontoise (Val-d'Oise) ne seront plus gérés par Indigo mais par Effia, par le biais d'une délégation de service public, pour une durée de dix ans. Objectif : améliorer la qualité de service. Quatre millions d'euros seront ainsi investis par le groupe afin de moderniser et sécuriser les parcs de stationnement qui comprennent près de 5 000 places au total, via de la vidéosurveillance, un rafraîchissement des peintures, la mise en place de bornes de recharge électriques ou encore l'ouverture d'une conciergerie. À l'issue du contrat, Effia devrait reverser 4 millions d'euros à l'agglomération au titre de la redevance, soit 450 000 euros par an. Les tarifs pour les usagers, quant à eux, ne devraient pas augmenter, en tout cas dans l'immédiat.

HAUTS-DE-SEINE

En mai, pratiquez la randonnée !

Du vendredi 24 au dimanche 26 mai, pour la 9^e année consécutive, le Département des Hauts-de-Seine propose gratuitement des itinéraires de randonnées commentés dans les Hauts-de-Seine. Dans le cadre de la fête de la nature, cinq promenades commentées sont ainsi mises en place – de 6,5 km à 10,2 km pour la plus longue : « Le Mont Valérien et ses alentours », « La promenade bleue » (Rueil-Malmaison), « Les Chanteraines et Villeneuve » (Villeneuve-la-Garenne), « Sur les traces du ru de Marivel » (Yvelines/Hauts-de-Seine) et « Le parc de Sceaux, la Coulée verte et ses alentours ». Programme complet et inscriptions sur le site <http://my.hauts-de-seine.fr/randonnees2019/>.

G7 ENVIRONNEMENT

Adoption d'une charte sur la biodiversité

Les 5 et 6 mai 2019 s'est déroulé à Metz le G7 de l'Environnement. À cette occasion, la France, l'Allemagne, le Canada, les États-Unis, l'Italie, le Japon, le Royaume-Uni (les pays du G7), ainsi que le Chili, les îles Fidji, le Gabon, le Mexique, le Niger et la Norvège, en présence de l'Égypte, ont adopté la « Charte de Metz sur la biodiversité ». Les pays s'engagent à lutter contre l'érosion de la biodiversité au travers d'actions concrètes. Cette charte, dont le rapport de l'IPBES – Évaluation mondiale de l'état de la nature et des biens et services qu'elle fournit à l'humanité –, constitue le socle scientifique qui s'articule autour de trois axes : accélérer les efforts pour lutter contre l'érosion de la biodiversité ; encourager la participation d'autres acteurs et parties prenantes ; appuyer l'élaboration et la mise en œuvre d'un cadre mondial de la biodiversité après 2020.

50 %

des notaires créateurs nommés ont ouvert leur étude.

Source : Baromètre notaires créateurs 2019 – Fiducial