

LA SEMAINE JURIDIQUE

ENTREPRISE ET AFFAIRES

14 SEPTEMBRE 2017, HEBDOMADAIRE, N° 37 ISSN 1290-5119



Le contrôle des investissements étrangers par le ministre de l'Économie

Étude par Pierre-Adrien Lienhardt et Aurélia Rambaud

635 Réseaux sociaux - 3 questions : Collaborations entre marques et influenceurs, Th. Defaux et P. Celeyron

636 Société - Nouvelles dispositions concernant le rapport de gestion, aperçu rapide M. Supiot

1477 Société coopérative - Coopérative de développement économique - Proposition d'un modèle de contribution à la nouvelle économie de proximité, étude V. Lasserre et D. Moreno

1478 Procédure collective - L'extension de procédure ou la « deuxième chance » du créancier, Cass. com., 28 juin 2017, A. Cerati-Gauthier

1479 Transport - Les transports : activités, contrats et responsabilités, chronique (1^{re} partie) sous resp. I. Bon-Garcin

1483 Bail commercial - Précision d'importance en matière de bail dérogatoire, Cass. 3^e civ., 8 juin 2017, note B. Brignon

ÉTUDE DROIT ÉCONOMIQUE

INVESTISSEMENT ÉTRANGER

Le décret n° 2017-932 du 10 mai 2017 portant diverses mesures de simplification pour les entreprises, entré en vigueur le 12 mai 2017, a aménagé le régime du contrôle des investissements étrangers en France par le ministre de l'Économie.

1480

Le contrôle des investissements étrangers par le ministre de l'Économie

D. n° 2017-932, 10 mai 2017 portant diverses mesures de simplification pour les entreprises



Étude rédigée par Pierre-Adrien Lienhardt et Aurélia Rambaud

Pierre-Adrien Lienhardt est avocat, Gide Loyrette Nouel ; Aurélia Rambaud est avocate, Gide Loyrette Nouel

1 - Le décret n° 2017-932 du 10 mai 2017 portant diverses mesures de simplification pour les entreprises, entré en vigueur le 12 mai 2017, a modifié le régime du contrôle des investissements étrangers en France par le ministre de l'Économie.

La France a, comme la plupart des États, aménagé le principe de liberté des investissements en instaurant un contrôle des investissements étrangers sur le territoire national. Selon le caractère plus ou moins sensible pour les intérêts nationaux de l'investissement projeté et l'origine européenne ou non de l'entreprise, le Code monétaire et financier appliquait alternativement, depuis deux lois de 1966 et 1996¹, un régime de déclaration administrative ou d'autorisation préalable du ministre de l'Économie.

Les règles applicables au contrôle des investissements étrangers résultent à ce jour des articles L. 151-1 et R. 153-1 et suivants du Code monétaire et financier.

1 L. n° 66-1008, 28 déc. 1966, relative aux relations financières avec l'étranger ; L. n° 96-109, 14 févr. 1996, relative aux relations financières avec l'étranger en ce qui concerne les investissements étrangers en France.

Le décret du 10 mai 2017 transforme l'obligation de déclaration administrative (1). Il modifie également, mais à la marge, le régime de l'autorisation préalable (2).

1. Transformation de la déclaration administrative

2 - Avant l'entrée en vigueur du décret du 10 mai 2017, l'article R. 152-5 du Code monétaire et financier détaillait ceux des investissements étrangers qui devaient faire l'objet d'une déclaration à l'administration française. Étaient notamment concernées :

- la création en France d'une entreprise nouvelle par une entreprise de droit étranger ou une personne physique non-résidente ;
- l'acquisition de tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise de droit français ;
- toute opération réalisée dans le capital d'une entreprise de droit français par une entreprise de droit étranger, dès lors qu'après l'opération, la somme cumulée du capital ou des droits de vote détenus par une entreprise étrangère excédait 33,33 %.

Huit cas d'exonération étaient également prévus, comme celui de la création ou de l'extension d'activité d'une entreprise de droit français existante et détenue directement ou indirectement par des entreprises de droit étranger ou celui de l'acquisition de terres agricoles. Malgré ces cas dérogatoires, un grand nombre d'opérations était ici visé.

En termes de procédure, la déclaration des investissements devait avoir lieu « lors de leur réalisation » (*C. mon. fin., art. R. 152-5*). Il ne s'agissait donc pas d'une déclaration préalable mais bien d'une formalité permettant à l'Administration de vérifier *a posteriori* l'investissement qui avait été réalisé et s'il n'aurait pas dû faire l'objet d'une autorisation préalable.

3 - Ce régime n'existe plus désormais de manière autonome et est supprimé par le décret du 10 mai 2017 pour les opérations auxquelles il se rapportait précédemment. Il continue toutefois de s'appliquer aux investissements faisant l'objet d'une autorisation².

Il en résulte incontestablement un allègement des vérifications à effectuer pour le ministre de l'Économie. Ce dernier ne disposera plus, cependant, de moyen de s'assurer que toutes les opérations qui entrent dans le champ de l'autorisation préalable en ont bien fait l'objet, ce que la transmission d'une déclaration permettait de contrôler.

Du point de vue des investisseurs, les opérations sont simplifiées à la marge, sans que la suppression de cette formalité puisse être vue comme facilitant réellement les investissements étrangers puisque la déclaration d'une opération une fois réalisée n'était pas de nature à la retarder.

2. Modification marginale de l'autorisation préalable

4 - Le décret du 10 mai 2017 oblige désormais les investisseurs étrangers dont l'opération a été autorisée à la déclarer *a posteriori* au ministre de l'Économie (A). Il ne permet cependant pas de clarifier les contours des opérations relevant de l'autorisation préalable (B).

A. - Le régime procédural de l'autorisation préalable est modifié

5 - Le régime d'autorisation préalable, qui avait pour la dernière fois été modifié par le décret n° 2014-479 du 14 mai 2014, dit Montebourg, n'est pas véritablement transformé par le décret du 10 mai 2017. Il fait toutefois lui aussi l'objet de modifications. Le décret du 10 mai 2017 introduit un nouvel article R. 153-13 dans le Code monétaire et financier, qui dispose que les opérations autorisées donnent désormais lieu à une déclaration dans « des conditions fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie ». Est ici visé l'arrêté du 7 mars 2003 portant fixation de certaines modalités d'application du décret n° 2003-196 du 7 mars 2003 réglementant les relations financières, qui était déjà appliqué dans le régime de la déclaration avant sa suppression. L'article 4 de cet arrêté précise que :

« La déclaration administrative doit être envoyée au moment de la survenance du premier des événements matérialisant l'accord des parties contractantes :

- conclusion de l'accord ;
- publication de l'offre d'achat ou d'échange ;
- acquisition d'un actif constitutive d'un investissement direct en France ».

Une déclaration devra donc désormais être effectuée, pour les opérations préalablement autorisées, dès qu'un accord a été trouvé sur les conditions de l'investissement et notamment avant la levée des conditions suspensives. L'envoi de la déclaration en temps utile sera d'autant plus important qu'une amende est prévue en cas de non-respect de cette obligation (*C. mon. fin., art. R. 165-2*).

Au bénéfice de la suppression de la déclaration pour les opérations dispensées d'autorisation, l'Administration sera conduite à se recentrer sur les investissements autorisés pour en suivre la réalisation par les parties. La déclaration lui permettra désormais de savoir si une opération qui a fait l'objet d'une autorisation a été menée à bien par l'investisseur étranger ou si elle a finalement été abandonnée, ce que les textes ne permettaient pas de vérifier par le passé.

S'agissant des opérations en cours, le décret du 10 mai 2017 ne prévoit pas de dispositions transitoires spécifiques. Entré en vigueur le 12 mai 2017, le nouveau régime de déclaration s'applique donc aux opérations dont le premier événement matérialisant l'accord des parties est survenu après cette date, y compris si l'autorisation préalable a été obtenue auparavant.

2 V. ci-après.

B. - Le champ d'application de l'autorisation et les pouvoirs du ministre demeurent larges

6 - L'article L. 151-3 du Code monétaire et financier soumet à autorisation préalable du ministre de l'Économie les investissements étrangers dans une activité qui participe de l'exercice de l'autorité publique ou relève de certains secteurs d'activité, comme la recherche, la production ou la commercialisation d'armes, munitions, poudres ou substances explosives, ou comme les activités pouvant « porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale ». Le ministre de l'Économie se voit confier le soin de déterminer, les activités qui doivent être soumises à cette réglementation. Cependant, la liste qui en est faite à l'article R. 153-2 de ce code donne tout au plus une indication s'agissant des secteurs d'activité concernés (jeux d'argent, sécurité privée, sécurité des systèmes d'information, cryptologie, ou encore énergie) et non, au sein de ces secteurs, celles des activités qui sont soumises à ce régime.

Les contours de l'autorisation préalable sont ainsi mal dessinés, ce qui confère au ministre de l'Économie un large pouvoir pour soumettre un investissement à autorisation préalable. Il en résulte également pour les investisseurs une situation incertaine et très dépendante de l'appréciation de l'Administration.

Le décret du 10 mai 2017 ne permet pas de clarifier cette situation, puisqu'il ne modifie pas les catégories qui avaient précédemment été définies. Il se limite ainsi à aménager les aspects procéduraux de la procédure d'autorisation préexistante, sans apporter de précisions sur son champ d'application. Les opérateurs seront donc conduits à continuer de rechercher dans les réglementations sectorielles des éléments de définition qui pourraient être transposés s'agissant des investissements étrangers.

Par exemple, s'agissant du secteur de l'énergie, sont concernées les activités qui conditionnent « [l'] intégrité, [la] sécurité et [la] continuité de l'approvisionnement en électricité, gaz, hydrocarbures ou autre source énergétique » (C. mon. fin., art. R. 153-2, 12°, a.). Faute d'autre élément d'appréciation, la pratique a conduit à se tourner vers l'interprétation donnée par un avis du Conseil d'État du 29 avril 2010³, pour déterminer si des installations de production d'électricité entraînent ou non dans cette définition.

Cet avis énonce que la « sécurité d'approvisionnement exige, eu égard aux caractéristiques physiques de l'énergie électrique, qui ne

peut être stockée, que soit assuré à tout moment l'équilibre entre la production et la consommation dont résultent la sécurité et la fiabilité du réseau de transport ». Le Conseil d'État a estimé que cet équilibre était préservé à titre principal par deux types d'installations : (i) en zone interconnectée (i.e. la France métropolitaine), celles dont la puissance installée dépasse 40 MW, et (ii) en zone non-interconnectée, toute installation de production d'électricité. Ces ouvrages se voient d'ailleurs conférer le caractère d'ouvrages publics, « en raison de la contribution déterminante qu'ils apportent à l'équilibre du système d'approvisionnement en électricité ».

Ce critère peut permettre de définir le périmètre de l'autorisation préalable ; pour autant, puisque l'analyse qui en est faite relève d'une autre législation, son application en matière d'investissements étrangers n'est pas absolue. Il s'agit donc tout au plus d'un indice que le ministre de l'Économie peut prendre en compte, sans obligation de l'intégrer à son contrôle.

Le large pouvoir d'appréciation du ministre de l'Économie a généré peu de contentieux depuis l'instauration du dispositif. Pour mémoire, le ministre dispose de 2 mois pour se prononcer sur la demande d'autorisation, à compter de sa date de réception. Passé ce délai, l'autorisation est réputée acquise (C. mon. fin., art. R. 153-8). Un contrôle est alors opéré par le juge administratif, auquel la décision peut être déférée dans un délai de 2 mois à compter de sa notification. L'appréciation des juges est cependant limitée. D'une part, parce que le contrôle qu'ils opèrent, s'agissant d'un pouvoir discrétionnaire de l'Administration, est celui de l'erreur manifeste d'appréciation, qui les conduit seulement à sanctionner des illégalités flagrantes. D'autre part, parce qu'à la différence des décisions de refus d'autorisation qui doivent être motivées, les décisions d'autorisation assorties de conditions n'ont pas à faire l'objet d'une motivation⁴. Cela limite les possibilités de contrôle par la juridiction alors même qu'en pratique ce type de décision est fréquent.

En définitive, le décret du 10 mai 2017 a contribué à recentrer et à approfondir le contrôle du ministre de l'Économie sur les opérations relevant du régime de l'autorisation. Cependant, il a maintenu une marge de manœuvre importante au bénéfice de l'Administration dans la conduite de son analyse, ce qui est une source d'aléa du point de vue des investisseurs étrangers. Ainsi, si le nouveau décret a dans une certaine mesure été source de simplification, on pourra regretter qu'il n'ait pas été davantage source de sécurité juridique pour les entreprises. ■

3 CE, avis, 29 avr. 2010, n° 323179, Beligaud : JurisData n° 2010-005467 ; Dr. adm. 2010, comm. 132, note J.-L. Pissaloux ; RJE 2011, comm. 54, note Y. Gaudemet ; RFDA 2010, p. 572, note F. Melleray.

4 TA Paris, 21 mars 2017, n° 1521052/2-1, Claire Porcher et Philippe Porcher.