



HAL
open science

La pandémie et le filtrage des investissements directs étrangers

Sébastien Brameret

► **To cite this version:**

Sébastien Brameret. La pandémie et le filtrage des investissements directs étrangers. *Revue Lamy de la Concurrence*, 2021, 103, pp.41-43. <hal-03189160>

HAL Id: hal-03189160

<https://hal.science/hal-03189160v1>

Submitted on 6 Apr 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

XXXX - La pandémie et le filtrage des investissements directs étrangers : une nouvelle étape dans la (re)découverte du protectionnisme économique

Version acceptée pour publication, *RLC*, 2021, n° 103

Par Sébastien BRAMERET

Maître de conférences

Univ. Grenoble Alpes, CRJ, F-38000 Grenoble

[CHAPO] La pandémie a fourni l'occasion à l'État d'étendre les mesures de protection des investissements directs étrangers (IDE) en France. La crise ne marque pas un tournant dans la protection de ces investissements, dans la mesure où un virage protectionniste avait déjà été pris dès 2019, sous l'impulsion du droit européen. Sans revenir sur le détail d'une législation complexe et technique, nous voudrions formuler quelques remarques et mises en perspectives.

Le domaine des investissements directs étrangers est sans doute l'un des seuls dans lesquels les autorités politiques comme universitaires s'accordent pour reconnaître la nécessité de mettre en place des mesures limitant certains effets du marché et de la concurrence dans un contexte mondialisé, que celles-ci soient désignées sous les appellations génériques de « protectionnisme »¹, de « souveraineté »² ou de « patriotisme »³ économiques. Cette nécessité peut cependant devenir vitale pour certaines entreprises en période de pandémie. L'équilibre entre ouverture et fermeture des échanges économiques devient une question centrale de la gestion de crise, les autorités étatiques devant, selon les propos de B. Le Maire, s'assurer que la France « reste ouverte aux investissements étrangers »⁴ tout en s'efforçant de « garantir la protection de nos entreprises stratégiques »,⁵ car, « dans cette période de crise, certaines entreprises sont vulnérables, certaines technologies sont fragilisées et pourraient être rachetées à bas prix par des compétiteurs étrangers »⁶.

La question des investissements directs étrangers mérite une présentation particulière : d'une part, parce que ce domaine a connu d'importantes réformes au cours des dernières années conduisant à un renforcement des contrôles publics exercés sur certaines opérations ; d'autre part, parce que la pandémie n'a pas entraîné de bouleversement dans

¹ A. Benoit, C. Barrillon, « La réforme du contrôle des investissements étrangers en France : entre attractivité et protectionnisme », *Gaz. Pal.*, 2020, n° 12 p. 48 et s. ; R. Dalmas, A. Nicolai, B. Egan et J. Wang, « Le contrôle des investissements étrangers. Vers la mondialisation du protectionnisme ? », *JCP EA*, 2020, n° 4, 1024.

² J. Catala Marty, L. Doumoulakis, C. Sauer, « Investissements étrangers : un double contrôle aux finalités différentes », *JCP CDE*, 2020, n° 5, 31, p. 48.

³ E. Farnoux, « Renouveau en profondeur du dispositif de contrôle des investissements étrangers. "Patriotisme économique" bien ordonné de Paris à Bruxelles ? », *JCP G*, 2019, n° 47, 1201 ; C. Gauthier, *Le patriotisme économique. Quel cadre juridique pour l'action des pouvoirs publics en matière de patriotisme économique ?*, Mémoire Master 2 Droit public des affaires, 2020, spéc. pp. 45-53.

⁴ B. Le Maire, propos rapportés par Reuters, 18 janv. 2021.

⁵ B. Le Maire, propos rapportés par Reuters, 18 déc. 2020.

⁶ B. Le Maire, propos rapportés par Les Echos, 29 avr. 2020.

l'appréhension de ce droit, mais n'a fait, au final, qu'accélérer une transition déjà largement entamée.

I. – Le renforcement progressif des contrôles publics des investissements directs étrangers

Le régime juridique des investissements directs étrangers en France a connu de nombreuses réformes depuis les années 1960. Jusqu'au milieu des années 2000, l'empilement des réformes réglementaires l'a progressivement rendu de plus en plus opaque, alternant principe de liberté, nécessité de déclarations préalables et impératifs d'autorisation suivant les situations⁷. Le souci de « *rationalisation* » du régime des investissements étrangers⁸, amorcé par deux décrets de 2005⁹ puis 2014¹⁰, a été accéléré par ceux du 10 mai 2017¹¹ puis du 19 novembre 2018¹², allégeant le régime des déclarations préalables et posant le premier jalon dans le mouvement de renforcement progressif du régime d'autorisation administrative des opérations jugées les plus sensibles.

De cette perspective, la loi Pacte du 22 mai 2019¹³ et ses textes d'application¹⁴ apportent une clarification à l'état du droit antérieur et confirment la volonté de l'État d'approfondir son contrôle sur les investissements étrangers réalisés dans les secteurs considérés comme stratégiques¹⁵. Après avoir posé le principe selon lequel « *les relations financières entre la France et l'étranger sont libres* » (article L. 151-1 du code monétaire et financier), les articles L. 151-2 et L. 151-3 précisent les conditions dans lesquels certains investissements peuvent être soumis à autorisation préalable par l'exécutif, par voie réglementaire. Sans entrer dans le détail, il faut simplement relever que l'article L. 151-3 soumet à autorisation préalable « *les investissements étrangers dans une activité en France qui, même à titre occasionnel, participe à l'exercice de l'autorité publique ou relève (des) activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale (ou des) activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives* ». L'étendue de ces domaines est précisée par voie réglementaire et codifiée dans une (longue) liste à l'article R. 151-3 du CMF.

Originalité du droit des investissements étrangers, cette évolution vers un renforcement des contrôles publics a été initiée au niveau européen, le législateur n'ayant fait qu'inscrire la réforme de la loi Pacte dans le cadre plus général du règlement européen du 19 mars du 2019¹⁶.

⁷ Pour un aperçu historique, v. P. Marini, Rapport fait au nom de la Commission des finances sur le PL complétant la loi du 28 déc. 1966, Sénat, 1996, n° 191, 31 janvier 1996, spéc. Chap. II ; v. égal. C. Gauthier, mémoire préc., p. 46.

⁸ C. Barrillon, « Le nouveau mécanisme de contrôle des investissements étrangers en France », *BJS*, 2017, n° 11, p. 708.

⁹ D. n° 2005-1739, 30 déc. 2005, réglementant les relations financières avec l'étranger.

¹⁰ D. n° 2014-479, 14 mai 2014, relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable.

¹¹ D. n° 2017-932, 10 mai 2017, portant diverses mesures de simplification pour les entreprises.

¹² D. n° 2018-1057, 19 nov. 2018, relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable.

¹³ L. n° 2019-486, 22 mai 2019, relative à la croissance et à la transformation des entreprises (dite Pacte).

¹⁴ D. n° 2019-1590, 31 déc. 2019, relatif aux investissements étrangers en France, et Arr. 31 déc. 2019, relatif aux investissements étrangers en France, NOR : ECOT1937237A.

¹⁵ B. Dondero, J.-R. Bousquet, L.-N. Ricard, « La protection des actifs stratégiques. Un renforcement du contrôle des investissements étrangers en France », *in* La loi Pacte, LexisNexis, 2020, p. 39 et s.

¹⁶ Règl. n° 2019/452, 19 mars 2019, établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union, JOUE 21 mars 2019, n° L 791. V., not., B. Lecourt, « Contrôle des investissements étrangers opérés par des

II. – L’approfondissement des réformes engagées dans le contexte pandémique

La pandémie a donné l’occasion à l’Union européenne et aux États membres d’éprouver la solidité de l’architecture mise en place partir de 2019. Le règlement permet de « *réguler l’exercice de la compétence exclusive de l’Union en vue de permettre la réalisation par les États membres de leurs fonctions essentielles qui, en vertu de l’article 4, § 2, TUE, doivent être respectées. Ces fonctions essentielles sont notamment celles qui ont pour objet d’assurer le maintien de l’ordre public et la sauvegarde de la sécurité nationale* »¹⁷. Et il convient de constater que ce système de « *coopération loyale inversée* » a parfaitement fonctionné¹⁸.

Dès le 25 mars 2020, la Commission européenne rappelait que si « *l’Union européenne est ouverte aux investissements étrangers* », elle invitait les États membres « *à faire, dès à présent, pleinement usage de leurs mécanismes de filtrage des investissements directs étrangers, de manière à tenir dûment compte des risques représentés pour les infrastructures critiques de soins de santé, la fourniture d’intrants critiques et d’autres secteurs essentiels* »¹⁹.

Répondant à l’invitation, les pouvoirs publics français ont rapidement pris deux séries de mesures, tendant à compléter (davantage qu’à réformer) les contrôles nationaux des investissements directs étrangers²⁰. D’une part, l’arrêté du 27 avril 2020 étend la liste des « *activités de recherche et développement portant sur des technologies critiques* » au sens de l’article R. 151-3, III, 1° du CMF, en y ajoutant a ajouté « *les biotechnologies* »²¹. Celles-ci viennent ainsi s’ajouter aux domaines déjà protégés depuis l’arrêté du 31 décembre 2019 : « *la cybersécurité ; l’intelligence artificielle ; la robotique ; la fabrication additive ; les semi-conducteurs ; les technologies quantiques ; le stockage d’énergie* »²². D’autre part, le ministre a également abaissé temporairement le seuil de prise de participation dans des entreprises sensibles nécessitant une autorisation préalable. Celui-ci est, en temps normal, fixé à 25 % par l’article R. 151-2 du CMF. Selon l’article 1^{er} du décret du 22 juillet 2020, « *constitue un investissement, au sens de l’article L. 151-3 du code monétaire et financier, le fait, pour un investisseur mentionné au I de l’article R. 151-1 du même code, de franchir, directement ou indirectement, seul ou de concert, le seuil de 10 % de détention des droits de vote d’une société de droit français dont les actions sont admises aux négociations*

personnes extérieures à l’Union européenne : l’Europe établit un cadre », RDS, 2019, p. 364 et s. ; F. Martucci, « Le cadre de filtrage des investissements directs étrangers : la quête d’un équilibre entre marché et intérêts stratégiques dans le système constitutionnellement intégré », Europe, 2020, n° 3, 2 ; J.-P. Viennois, « Le nouveau droit européen du filtrage des investissements étrangers », RLDA, 2020, n° 160, 6994.

¹⁷ F. Martucci, art. préc., n° 20.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Comm. UE, Orientations à l’intention des États membres concernant les investissements directs étrangers et la libre circulation des capitaux provenant de pays tiers ainsi que la protection des actifs stratégiques européens, dans la perspective de l’application du règlement (UE) n° 2019/452, 2020/C 99 I/01, JOUE 26 mars 2020, n° C 99 I. V. B. Lecourt, « Filtrage des investissements directs étrangers : la Commission européenne invite les États membres à prendre des mesures dans le contexte du coronavirus », RDS, 2020, p. 323.

²⁰ G. Saleh, « L’adaptabilité du droit des investissements étrangers dans le contexte de la crise du Covid-19 », Droit et Patrimoine, 2021, n° 309.

²¹ Arr. 27 avr. 2020, relatif aux investissements étrangers en France, NOR : ECOT2010256A.

²² Arr. 31 déc. 2019 préc.

sur un marché réglementé»²³. Initialement prévue jusqu'au 31 décembre 2020, cette dérogation a été prorogée jusqu'au 31 décembre 2021²⁴.

Les actions menées par la France depuis le début de la pandémie viennent renforcer un arsenal juridique qui a connu des transformations importantes depuis trois ans. Il n'y a donc clairement pas de révolution en la matière, mais un approfondissement du mouvement plus ancien de « *mondialisation du protectionnisme* »²⁵, qui dénote avec l'orientation généralement plus libérale des économies occidentales et de la construction européenne. La question reste posée de savoir s'il s'agit d'un îlot de résistance de l'État contre la mondialisation, ou au contraire de la réaction à certaines de ses dérives, prélude à un retour de la puissance publique (nationale ou européenne), davantage régulatrice des échanges économiques. Il semble que, de ce point de vue du moins, l'idée (salutaire) d'un protectionnisme européen fasse son chemin.

²³ D. n° 2020-892, 22 juill. 2020, relatif à l'abaissement temporaire du seuil de contrôle des investissements étrangers dans les sociétés dont les actions sont admises sur un marché réglementé.

²⁴ D. n° 2020-1729, 28 déc. 2020, modifiant le décret n° 2020-892 du 22 juillet 2020 relatif à l'abaissement temporaire du seuil de contrôle des investissements étrangers dans les sociétés françaises dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé.

²⁵ R. Dalmas, A. Nicolăi, B. Egan et J. Wang, art. préc. ; A. Sauty de Chalon, G. Nataf, « Contrôle des investissements étrangers. La volonté de l'État français d'assurer une meilleure protection de sa souveraineté », *RJSP*, 2020, n° 19, spéc. n° 38 et s.