

LA RÉFORME DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS : UNE VRAIE LIBÉRALISATION ? (*)

Bien que déjà assouplie par le passé, et notamment en 1989, la réglementation des investissements étrangers en France apparaissait trop contraignante, et a ainsi été réformée par une loi du 14 février 1996 et un décret du même jour. L'objectif affiché est l'assouplissement. Il n'est cependant pas certain que cet objectif soit réellement atteint.

Certes, le décret prévoit très expressément que « les investissements directs étrangers réalisés en France sont libres » (article 11). Il est également vrai que les limites posées à cette liberté peuvent paraître raisonnables, puisqu'il n'y a plus d'autorisations que pour :

- les activités participant en France, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique,

- les investissements de nature à mettre en cause l'ordre public, la santé publique ou la sécurité publique,

- les activités de recherche, de production ou de commerce d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives destinées à des fins militaires ou de matériels de guerre.

Il est enfin aussi exact que le formalisme du contrôle est simplifié puisque l'ancien système de la déclaration préalable prévu pour un grand nombre d'investissements pourtant réputés libres est supprimé et qu'il est remplacé par une simple déclaration lors de la réalisation de l'investissement. Cette nouvelle déclaration est d'ailleurs beaucoup moins détaillée que l'ancienne déclaration préalable et sera donc nettement plus simple à établir (1).

Cette apparente libéralisation est cependant susceptible d'être contredite par trois types d'observations qui seront examinés successivement :

- le gouvernement semble avoir gardé la possibilité de

prendre par décret des mesures restreignant la liberté des investissements étrangers en France,

- le champ d'application de l'autorisation préalable semble ne pas être aussi clair qu'une première lecture du texte pourrait donner à le penser,

- les sanctions en cas de non-respect de la loi ont probablement été alourdies par rapport à la situation antérieure.

I. Le gouvernement a semble-t-il conservé le pouvoir de contrôler par décret les investissements étrangers

En premier lieu, rappelons que la réglementation des investissements directs étrangers est fondée sur une loi du 28 décembre 1966 et en particulier son article 3-1-c qui autorisait le gouvernement à soumettre par décret, à déclaration, autorisation préalable, ou contrôle, la constitution et la liquidation des investissements étrangers en France. Les derniers investissements avaient été effectués par décret puisqu'il s'agissait de modifier des décrets pris en application de la loi. En revanche, la nouvelle réforme a été effectuée par voie législative ce qui constitue ainsi un nouveauté.

Dans l'esprit du législateur, procéder par l'adoption d'une loi permet de manifester clairement que la libéralisation souhaitée ne pourrait pas être remise en cause par le seul gouvernement, mais qu'elle nécessiterait l'intervention du parlement. Cette intention apparaît explici-

(1) Comme avant certaines opérations sont à la fois dispensées d'autorisations préalables et de déclaration (article 13 du décret modifié).

LES PETITES AFFICHES - 24 JUIN 1996 - N° 76 - 11

tement dans le rapport fait à l'Assemblée nationale (2).

Le texte adopté ne semble cependant pas répondre à la volonté de limiter l'intervention du gouvernement.

Certes, le nouvel article 5-1 prévoit qu'une autorisation préalable ne sera exigée que pour un nombre *a priori* limité d'investissements. Mais le texte n'indique nulle part que les investissements qu'il ne vise pas sont libres, et d'ailleurs, il ne les mentionne même pas.

On pourrait en déduire, *a contrario*, que puisque l'article 5-1 ne vise pas les autres investissements ceux-ci sont totalement libres, et qu'en particulier, le gouvernement ne pourra plus les réglementer par décret. Une telle analyse, même si elle répond très probablement à la volonté du législateur, ne correspond cependant pas aux textes en vigueur après la loi du 14 février 1996.

En effet, l'article 3-1-c de la loi de 1996 n'a été ni modifié, ni supprimé. Comme rappelé ci-dessus, cet article autorise le gouvernement à contrôler les investissements étrangers en France. On pourrait alors soutenir que cet article aurait dû être abrogé, et qu'il n'a été maintenu que par inadvertance du législateur. Mais, une telle analyse serait aussi contredite par les textes : le nouvel article 5-1 fait expressément référence à l'article 3-1-c. Ce texte est donc clairement maintenu en vigueur.

On pourrait alors s'appuyer sur l'objet de la loi pour effectuer une autre tentative pour démontrer que malgré les textes, il y a bien impossibilité pour le gouvernement de contrôler par décret les investissements étrangers. L'objet de la nouvelle loi est en effet en principe d'inscrire la libéralisation dans la loi elle-même. Ainsi, même si la rédaction n'en est pas claire, il faut tenir compte de cet objectif pour que la nouvelle loi ait un sens : tous les investissements non visés par la loi seraient libres. En réalité, même si ce n'est pas l'objectif affiché ou recherché, le nouvel article 5-1 a au moins un autre effet en dehors de toute libéralisation : préciser et alourdir les sanctions en cas de non-respect de la réglementation des investissements étrangers dans des secteurs « sensibles », comme nous le verrons ci-après. On

peut donc conserver un sens à la nouvelle loi, sans y voir uniquement une libéralisation.

La libéralisation paraît donc plus limitée que ce qui était annoncé, puisque le gouvernement conserve très probablement la possibilité de modifier seul la réglementation en vigueur. Cette possibilité n'a cependant pas d'effet pratique immédiat. En revanche, le champ d'application de l'autorisation préalable, qui devait être limité dans l'esprit du législateur, paraît mal défini, ce qui est susceptible de créer des difficultés d'application.

II. Le champ d'application de l'autorisation préalable

Les trois types d'investissements soumis à autorisation préalable doivent être examinés successivement.

II.1. L'autorité publique

En premier lieu, sont visés les investissements étrangers réalisés dans des activités participant en France même à titre occasionnel à l'exercice de l'autorité publique. Il est probable que cette première notion ne soulèvera guère de difficultés pratiques. D'ailleurs, selon le rapport à l'Assemblée nationale, il ne s'agit que d'une disposition préventive qui jusqu'à présent n'a jamais trouvé à s'appliquer (3). Soulignons cependant que la notion d'autorité publique est mal définie ; sur la difficulté qu'il peut y avoir à définir cette notion, on peut se référer à un arrêt C.J.C.E. de 1974 (4).

II.2. L'ordre public, la santé publique ou la sécurité publique

Plus important est le deuxième type d'investissement soumis à autorisation préalable : les investissements de nature à mettre en cause l'ordre public, la santé publique, ou la sécurité publique. Ces types d'investissements étaient déjà soumis à autorisation préalable, mais la rédaction antérieure (5), visait les investissements « mettant en cause », au lieu des investissements « de nature à mettre en cause ». Sans verser dans le juridisme, on ne peut manquer de relever ce changement de rédaction. La nouvelle formule paraît plus large et paraît prendre en compte non seulement

effets immédiats de l'investissement, au moment de sa réalisation, mais également aussi les effets potentiels. Il pourrait donc y avoir là plutôt un durcissement qu'un assouplissement. Au-delà de cette première remarque ces notions paraissent surtout mal définies.

II.2.1. L'ordre public

Cette notion a déjà été invoquée dans le passé par l'administration. Des différents exemples donnés par l'administration (investissement projeté par une personne aux activités suspectes, interpellée, notamment pour port d'arme illégal ; société d'un Etat sur le point d'être sanctionné par l'O.N.U...), il ressort que la notion est très subjective et que le cédant n'aura le plus souvent pas accès aux informations lui permettant de soupçonner qu'il y a un risque de mettre en cause l'ordre public. En particulier, comment le cédant pourra-t-il savoir que l'acquéreur éventuel a des activités suspectes ou qu'il a fait l'objet de condamnations ? La notion d'ordre public est d'ailleurs suffisamment ambiguë pour que dans une affaire où l'administration avait décidé l'ajournement de l'investissement en invoquant l'ordre public, le Tribunal administratif de Paris lui ait donné tort (6). Il pourra donc y avoir doute quant à la nécessité de solliciter une autorisation du fait de l'ordre public.

II.2.2. La santé publique

Mais, plus que la référence à l'ordre public, la référence à la santé publique est susceptible de poser problèmes. Quand un investissement étranger est-il de nature à mettre en cause la santé publique ? Du simple fait que cet investissement est réalisé dans une entreprise ayant une activité liée à la santé publique ? Ou faut-il qu'en outre, les projets de l'investisseur soient de remettre en cause les produits, l'organisation, les modes de production de l'entreprise acquise... ?, ce qui est naturellement de nature à mettre en cause la santé publique. Rien dans le texte de loi ne permet de répondre à ces questions.

Par ailleurs, la présente note n'a pas pour objet de s'intéresser aux règles de la santé publique. Mais la seule lecture de l'article 1 du Code de la

santé publique, montre que la notion de santé publique s'étend à des activités très variées et très nombreuses. A titre d'exemple, sont visées en particulier :

- la salubrité de tous les milieux de vie de l'homme,

- la lutte contre les bruits du voisinage (les problèmes de bruit peuvent concerner des activités très diverses),

- la préparation, la distribution, le transport et la conservation des denrées alimentaires (toute l'industrie agroalimentaire ?),

- ou encore l'exercice d'activités non soumises à la législation sur les installations classées pour la protection de l'environnement.

Il risque donc d'y avoir fréquemment un doute sur la nécessité de solliciter une autorisation préalable du fait de la référence à la santé publique.

II.2.3. La sécurité publique

La sécurité publique a elle aussi un champ d'application très vaste. Mais un seul exemple suffira à illustrer la difficulté. Les établissements recevant du public sont soumis à des règles de sécurité. Si l'investisseur souhaite dans le cadre de son investissement déménager, les locaux de l'entreprise, doit-on considérer que l'investissement est de ce fait de nature à mettre en cause la sécurité publique ? Autant dire qu'ici aussi le champ d'application de l'autorisation pourrait s'avérer très vaste.

III. Les activités liées à la défense nationale

Le troisième type d'investissements vise les activités de recherche, de production, ou de commerce d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives destinées à des fins militaires ou de matériels de guerre. La définition de ces investissements suscite moins d'interrogations. On peut cependant se demander jusqu'où s'étend la notion de matériels de guerre : un matériel, civil *a priori*, mais utilisé dans un engin de combat, par exemple, devient-il un matériel de guerre ? Si tel était le cas, le champ d'application serait largement étendu.

On trouvera peut-être aux incertitudes ici soulignées,

puni d'une amende d'un montant égal au montant maximum applicable aux contraventions de 5^e classe, le montant pouvant être doublé en cas de récidive.

III.2. Sanctions civiles

Les tribunaux considéraient que la réglementation des changes et donc la réglementation des investissements étrangers en France était impérative et d'ordre public, et que les conventions conclues sans respecter cette réglementation étaient nulles. A une certaine époque et jusqu'en 1983, les conditions d'application de cette nullité ont été appréciées avec sévérité : elles n'étaient alors susceptibles d'être couvertes ni par la volonté des parties (7), ni par la tolérance de l'administration (8).

Depuis 1983, la position de la jurisprudence s'est progressivement assouplie, et notamment dans un arrêt de mars 1990 (9). Enfin, dans un récent arrêt du 17 octobre 1995, la Cour de cassation a clairement énoncé que sauf fraude, le non-respect des formalités administratives, n'était pas de nature à affecter la validité des engagements souscrits (10).

Juste avant la réforme, la jurisprudence était donc devenue très libérale.

En revanche, le nouvel article 5-1-II prévoit « la nullité de tout engagement, convention ou clause contractuelle qui réalise directement ou indirectement un investissement étranger », soumis à autorisation préalable, sans que cette autorisation ait été obtenue. La nullité, écartée par la jurisprudence, sauf fraude, est donc rétablie par la loi. Il est toutefois vrai que les opérations soumises à autorisation devaient, dans l'intention du législateur, être beaucoup moins nombreuses que les opérations antérieurement soumises à un contrôle administratif.

Par ailleurs, on peut s'étonner que l'article 5-1-II prévoit la nullité de « tout engagement, convention... », autrement dit de tout investissement étranger n'ayant pas respecté la procédure d'autorisation lorsqu'elle est obligatoire, alors que l'article 5-1-I donne dans un tel cas au ministre chargé de l'économie, le pouvoir d'enjoindre à l'investisseur de modifier l'opération. Comment une telle injonction sera-t-elle

possible alors que l'opération devait être nulle ? Enfin, on peut relever que selon le rapport à l'Assemblée nationale, la nullité sera invocable par tous.

Comme on vient de le voir, la nouvelle réglementation applicable aux investissements directs étrangers n'est peut être pas la libéralisation annoncée, et fait apparaître de nombreuses zones d'incertitude quant au champ d'application de l'autorisation préalable. Ces incertitudes sont d'autant plus embarrassantes que les sanctions en cas de non-respect sortent en réalité aggravées de la réforme. Face à cette situation, une solution pourrait consister à adresser à l'administration la déclaration d'investissement, non pas lors de la réalisation de l'investissement, mais préalablement à cet investissement, dès que les négociations sont suffisamment avancées pour que la réalisation de l'investissement soit très probable.

Les demandes d'autorisation et les déclarations d'investissements devant contenir les mêmes renseignements (11), la déclaration pourrait être présentée comme une demande d'autorisation. Conformément à l'article 12 du décret actuel, l'autorisation est réputée acquise au bout d'un mois, sauf ajournement prononcé pendant ce délai. Ainsi, à l'expiration du délai de un mois, que l'opération soit soumise à autorisation ou non, il n'y aurait plus de risques de remise en cause de l'investissement du fait de la réglementation des investissements étrangers.

Bruno PICHARD

Ancien élève de l'École polytechnique
Avocat au barreau des Hauts-de-Seine

qu'elles sont sans objet, et notamment que les notions d'autorité publique, d'ordre public, de santé publique, de sécurité publique, ou encore de défense nationale apparaissent déjà dans la réglementation antérieure. Ce qui est exact. Mais ce serait oublier que la réglementation antérieure prévoyait, à quelques exceptions près, même pour les opérations de prise de contrôle dites libres, un système de déclaration préalable permettant à l'administration de vérifier, avant la réalisation de l'opération, que l'opération n'était effectivement pas soumise à autorisation préalable. Il était donc sans intérêt pratique de s'interroger sur la participation de la cible à l'autorité publique, ou sur une mise en cause de la santé ou de la sécurité publique.

Aujourd'hui, dans une optique plus libérale, c'est aux parties à l'investissement de déterminer si elles doivent présenter une demande d'autorisation. D'où l'intérêt qu'il y aurait eu à définir les notions biens imprécises d'autorité publique, d'ordre public ou autre santé publique.

III. Des sanctions alourdies

Les sanctions qui existaient déjà ont été maintenues et de nouvelles sanctions ont été prévues pour les investissements soumis à autorisation préalable.

III.1. Sanctions pénales

Ces sanctions ne sont pas à prendre à la légère, car si jusqu'à aujourd'hui, elles n'ont été, semble-t-il, que très exceptionnellement appliquées. En premier lieu, selon l'article 459 du Code des douanes qui n'a pas été touché par la réforme, le non-respect de la réglementation des investissements étrangers en France peut donner lieu à des sanctions très sévères : peine d'emprisonnement de un à cinq ans, amende égale au maximum au double de la somme sur laquelle a porté l'infraction, confiscation du corps du délit.

Jusqu'à la réforme de 1996, les textes ne prévoyaient pas d'autres sanctions. A ces peines déjà existantes, l'article 13 bis du décret ajoute que le non-respect de l'obligation de demande d'autorisation est

(2) Rapport n° 2492 p. 28 et 29.
(3) Page 36.
(4) C.J.C.E., 12 février 1974, aff. 152-73.
(5) Décret, 29 décembre 1989, article 11 ter ancien.
(6) Trib. adm. Paris, 16 février 1994, cité par le rapport, page 37.
(7) Arrêt Club Méditerranée du 17 janvier 1972, Revue critique de droit international privé, 634 note Eck.
(8) Cass. com., 9 mars 1983, J.C.P. 1983. II. 20045, note Eck.
(9) Cass. com., 20 mars 1990, J.C.P. 1991. II. 21634, note G. Amlon.
(10) Cass. com., 17 octobre 1995, Quotidien Juridique, 14 novembre 1995.
(11) Arrêté du 14 février 1996, article 5.