

CONTRÔLE DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS EN ALLEMAGNE, DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS

par Daniel von Brevern, Avocat Associé, et Fabrice Witzke, Avocat, Eversheds Sutherland

EVERSHEDS
SUTHERLAND

Numéro spécial conçu, préparé et réalisé par Marina Guérassimova et les Professeurs David Chekroun, Gilles Pillet (ESCP Business School)



Daniel von Brevern



Fabrice Witzke

Le contrôle des investissements étrangers en Allemagne est régi par la loi relative aux échanges extérieurs (*Außenwirtschaftsgesetz*, "AWG", 10 juillet 2020, BGBl. I S. 1637) et le règlement relatif aux échanges extérieurs (*Außenwirtschaftsverordnung*, "AWV", 27 avril 2021, Banz AT 30 avril 2021 V1). L'AWG définit le cadre juridique et les principes généraux, tandis que l'AWV précise les détails des secteurs concernés, la procédure de notification et d'autorisation.

Au cours de l'année 2020, l'AWG et l'AWV ont considérablement été modifiés suite à l'adoption, en mars 2019, du règlement portant sur le filtrage des investissements directs étrangers ("IDE") par l'Union européenne.

Puis, le 1er mai 2021, l'AWV a connu une nouvelle réforme substantielle des secteurs soumis à la procédure et au contrôle.

Outre la réglementation européenne, deux développements au cœur de l'actualité sont susceptibles d'avoir précipité la réforme législative. Le premier en 2018, lorsqu'une entreprise chinoise contrôlée par l'Etat a entrepris d'acquérir "50Hertz", un opérateur de réseau électrique. Puis, à la mi-mars 2020, au début de l'épidémie de Covid-19, lorsque selon plusieurs sources fiables, *Donald Trump* aurait suggéré l'acquisition de "CureVac", société biopharmaceutique allemande spécialisée dans le développement de vaccins.

Ce régime particulier est désormais à la fois plus large et plus strict. En effet, les règles récemment adoptées élargissent considérablement le champ d'application du contrôle des investissements étrangers en Allemagne et parallèlement, renforcent les compétences de l'autorité chargée du contrôle, le ministère fédéral de l'économie et de l'énergie (*Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, "BMWi").

TYPES DE TRANSACTIONS SOUMISES AU CONTRÔLE ALLEMAND DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS

Le contrôle des investissements étrangers recouvrent en réalité deux régimes distincts.

Le "régime sectoriel" du contrôle des investissements étrangers s'applique aux acquisitions opérées par des investisseurs non-allemands (y compris les investisseurs de l'UE), qui détiennent au moins 10 % des droits de vote d'une entreprise allemande. Celle-ci doit exercer dans l'un des secteurs considérés comme particulièrement sensibles. Il s'agit, entre autres, de la fabrication d'armes, d'équipements militaires ainsi que les technologies de cryptage. Lorsque ces conditions sont réunies, les parties contractantes d'une acquisition soumise au régime sectoriel doivent notifier cette transaction au BMWi, lequel va autoriser préalablement ou non la clôture. Le BMWi doit alors vérifier si l'investissement étranger "met en danger les intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat allemand".

Le "régime intersectoriel" du contrôle des investissements étrangers s'applique à toute acquisition de droits de vote d'une société allemande dépassant un certain seuil. Le contrôle s'applique également, lorsque l'investisseur n'est pas domicilié dans l'UE/AELE, quel que soit le secteur industriel concerné. Il convient de distinguer trois schémas qui correspondent à trois degrés de sensibilité selon les secteurs concernés. Plus le secteur est sensible, plus un pourcentage faible de droits de votes déclenche le contrôle. Il existe ainsi trois seuils d'investissement au sein d'une société allemande :

- L'acquisition de 10 % des droits de vote : elle déclenche une obligation de notification et d'autorisation préalable dans huit secteurs. Sont impliqués les opérateurs d'infrastructure critique, les développeurs de logiciels pour infrastructures critiques, les fournisseurs de cloud computing, les médias et les entreprises de télécommunication.
- L'acquisition d'un minimum de 20% des droits de vote : elle entraîne une obligation de notification et d'autorisation préalable dans 19 autres secteurs. Ce nouveau régime s'applique notamment à certains produits pharmaceutiques et médicaux, à de nombreuses technolo-

gies avancées (satellites, localisation, sécurité informatique, intelligence artificielle, informatique quantique, véhicules automatiques, robots, production de puces électroniques et autres techniques de production additive). Sont également concernées, les entreprises pourvues d'une habilitation de sécurité ou titulaires d'un brevet déclaré secret, les entreprises actives dans l'extraction de certaines ressources primaires et les exploitations agricoles de plus de 10.000 hectares.

- L'acquisition de 25 % ou plus des droits de vote : sont concernées les sociétés opérantes dans tous les autres secteurs industriels également soumise au contrôle des investissements étrangers. Dans ce cas, une notification n'est pas obligatoire et l'acquisition n'est pas sujette à une autorisation expresse. Toutefois, le BMWi peut décider "d'office" d'engager une procédure. Si les parties souhaitent s'assurer en amont que le BMWi n'engagera pas de procédure, elles peuvent adresser une demande de "confirmation de non-objection".

Lors de l'examen des investissements étrangers intersectoriels, le BMWi étudie spécifiquement si l'investissement est "susceptible de porter atteinte à l'ordre public ou à la sécurité" de l'Allemagne ou de tout autre État membre de l'UE. Ainsi, toute augmentation du nombre de droits de vote dépassant les seuils de 20%, 25%, 40%, 50% et 75% déclenche à nouveau les obligations décrites ci-dessus.

PROCÉDURE

Le BMWi doit décider, dans un délai de deux mois et après avoir pris connaissance de la transaction s'il ouvre une enquête formelle. Dans le cas où ce dernier en ouvre une, il doit rendre une décision finale dans les quatre mois après avoir reçu toutes les informations requises. Les demandes d'informations supplémentaires formulées par le BMWi au cours de l'enquête formelle suspendent le délai de quatre mois. En outre, il peut prolonger la période d'examen de trois mois si l'enquête s'avère particulièrement complexe.

INTERDICTION D'IMPLÉMENTATION, MESURES PROVISOIRES ET CONDITIONS

La réalisation d'une transaction soumise au régime d'autorisation préalable dépend, de jure, de l'exercice par le BMWi de son droit d'interdiction (*auflösende Bedingung*). Une transaction interdite par le BMWi est ainsi rétroactivement annulée.

En outre, toute acquisition soumise au régime de notification obligatoire fait l'objet d'une interdiction dite de réalisation anticipée. Cette interdiction du *gun jumping* rappelle les règles du contrôle des concentrations alors

sanctionnées par une majorité des autorités de concurrence. En effet, les sanctions pénales sont sévères et peuvent aller jusqu'à 5 ans d'emprisonnement.

En amont d'une décision, le BMWi est autorisé à établir un régime de mesures provisoires concernant par exemple, l'exercice des droits de vote, la distribution des profits ou l'échange d'informations sensibles. Par ailleurs, une décision autorisant l'investissement étranger peut être soumise à certaines conditions. Le BMWi peut dorénavant nommer des administrateurs chargés de surveiller l'application du régime provisoire, des conditions d'autorisation ou des engagements.

* * *

L'Allemagne s'est donc largement inspiré de l'exemple français, ce qui se traduit notamment par l'abaissement du seuil de filtrage de 25 à 10% mais aussi par l'extension du champ des secteurs contrôlés. La différence entre les deux systèmes réside néanmoins dans la souplesse du régime allemand, en ce qui concerne l'inclusion d'entités étrangères dans la chaîne de détention de l'investisseur. De

plus, les acquéreurs européens bénéficient toujours d'exemptions dans presque tous les secteurs (autres que strictement militaires).

Tout comme les autres pays membres de l'OCDE, le contrôle des investissements étranger est ainsi devenu en Allemagne une question centrale. Le gouvernement allemand s'attend par conséquent à une forte augmentation des opérations soumises au contrôle à la suite des dernières réformes. Un investisseur étranger doit ainsi, dorénavant, s'attendre à faire face à des obstacles qui exigeront de lui qu'il est les ressources financières et le temps nécessaire pour mener l'investissement à son terme. En effet, le BMWi est chargé de conduire un nombre croissant de procédures, alors même qu'il manque de ressources humaines qualifiées. De plus, puisque peu de précédents sont publiés et les critères de contrôles vagues, le BMWi, doit la plupart du temps réaliser un travail d'interprétation. Il serait donc souhaitable que l'AWV contribue à rendre le processus plus transparent en rendant par exemple certains dossiers antérieurs publics.