

LE CFIUS/FIRRMMA

*par Alexander Blumrosen,
Polaris Law, Paris
(Avocat aux Barreaux de Paris et de New York)*


Polaris Law

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



Les États-Unis sont fiers de leur ouverture à l'investissement par les étrangers, et ses lois accordent en principe aux investisseurs étrangers le même traitement qu'aux acteurs économiques internes. Il existe toutefois une exception de taille lorsque l'investissement étranger est susceptible d'avoir une incidence sur la sécurité nationale des États-Unis. Le *Comité des investissements étrangers aux États-Unis* (CFIUS ou "Comité") est chargé de gérer en premier lieu les tensions qui peuvent survenir entre l'ouverture des marchés d'une part, et les risques que certains investissements étrangers peuvent poser à la sécurité nationale, d'autre part.

Le CFIUS est une organisation interministérielle de l'Etat américain créée en 1975 et chargée de contrôler les investissements étrangers vers les États-Unis afin d'apprécier leurs effets éventuels sur la défense nationale du pays. Il relève de la responsabilité du Département du Trésor, devenu ainsi l'interlocuteur principal des parties lors de la déclaration d'une opération. Le CFIUS est composé de représentants de neuf départements de l'Etat, de cinq représentants du Président ainsi que deux membres *ex-officio* sans droit de vote. Les décisions du Comité sont prises à l'unanimité.

Les pouvoirs de CFIUS

Le CFIUS est habilité à contrôler l'impact sur la sécurité nationale des investissements qui entrent dans le champ d'application de la Loi, c'est-à-dire toute opération d'investissement susceptible de transférer le contrôle d'une entreprise américaine à une personne physique ou morale étrangère.

Au fil des ans, les pouvoirs du CFIUS ont été élargis par de nouvelles dispositions réglementaires. La modification la plus notable s'est produite en 1988 avec l'amendement « *Exon-Florio* », par lequel le Congrès américain a autorisé le Président des États-Unis à bloquer l'acquisition d'une entreprise américaine par des intérêts étrangers.

Plus récemment, en 2018 le *Foreign Investment Risk Review Modernisation Act* (FIRRMMA) a renforcé les pouvoirs du CFIUS par une nouvelle extension de sa compétence et rendu obligatoire certaines déclarations qui étaient jusqu'alors facultatives.

De surcroît, la FIRRMMA a permis de contrôler les investissements étrangers et autres transactions qui n'entraînent pas la prise de contrôle étranger d'une entreprise américaine, seul facteur pris en compte avant 2018.

Ainsi, la FIRRMA maintient la compétence du CFIUS sur de telles opérations (appelées "*covered transactions*") mais donne au CFIUS deux nouvelles bases de compétence sur : (1) des investissements sans changement de contrôle dans certaines entreprises américaines impliquées dans des « technologies critiques », des « infrastructures critiques » ou des « données personnelles sensibles » (appelées "*entreprises américaines TID*" pour technologie, infrastructure et données), et (2) certaines transactions immobilières dans des régions géographiques sensibles, par exemple près des bases militaires.

La FIRRMA ne modifie pas pour autant l'analyse fondamentale du CFIUS, fondée sur le risque présenté par chaque opération; évaluer la "menace" posée par l'investisseur étranger, la "vulnérabilité" à laquelle l'entreprise américaine est exposée et les conséquences pour la sécurité nationale de la combinaison de cette menace et de cette vulnérabilité. Ainsi, chaque dossier est différent et demande une instruction approfondie afin de pouvoir apprécier le risque présenté.

La déclaration d'une opération d'investissement

Lorsque les parties considèrent qu'elles s'engagent dans une opération qui entre dans le champ d'application de la réglementation, elles doivent décider si une déclaration de leur opération auprès du CFIUS est nécessaire. La déclaration n'est en effet obligatoire que dans certaines circonstances définies par la FIRRMA, et notamment, ainsi qu'il a été indiqué, si l'investissement permet à l'investisseur étranger de contrôler l'utilisation par l'entreprise de « technologies critiques », « d'infrastructures critiques », ou la « diffusion de données personnelles sensibles ».

La procédure de notification au CFIUS d'un investissement est initiée par une déclaration conjointe de l'investisseur étranger et son partenaire américain, dont le contenu est prescrit par la réglementation. Elle doit comprendre une description complète de l'opération, les parties impliquées ainsi que des informations sur leurs activités commerciales respectives.

Toutefois, même en l'absence de déclaration, le CFIUS est habilité à lancer à tout moment l'examen d'une opération qui relève de sa compétence y compris après la clôture de l'opération.

Ainsi, le fait que la déclaration ne soit pas obligatoire n'est pas forcément un signe de libéralisation des investissements dans la mesure où le CFIUS peut à tout moment initier une enquête sur sa propre initiative. Aussi, les parties sont fortement incitées à déclarer leur investissement pour s'assurer de la sécurité juridique de leur opération. C'est ainsi qu'un investisseur a souvent intérêt à se

soumettre volontairement au contrôle du CFIUS s'il n'est pas certain que son opération entre dans le champ d'application de la réglementation.

Mais, certains investisseurs sous le nouveau régime FIRRMA sont exemptés de obligations déclaratives, notamment s'ils correspondent à la "liste blanche" des investisseurs ayant des liens suffisants avec les "États étrangers exemptés". Les premiers États étrangers exemptés - l'Australie, le Canada et le Royaume-Uni - sont de proches alliés des États-Unis avec lesquels ils entretiennent des partenariats profonds et de longue date dans les domaines de la défense, du partage des renseignements et de la politique commerciale. Il est prévu que la liste de pays exemptés pourra évoluer au gré des négociations diplomatiques.

L'instruction d'une opération d'investissement

En tout état de cause, le CFIUS dispose d'un délai de 45 jours à compter de la notification d'une déclaration par un investisseur, pour instruire le dossier. Si le CFIUS identifie des problèmes au cours de la période d'instruction initiale, il peut procéder à une enquête approfondie de 45 jours et prononcer de façon provisoire des sanctions voire des suspensions en attendant l'issue de l'instruction.

Lorsque l'instruction est terminée, et sur la base d'une recommandation finale du CFIUS, le Président américain donne son accord à l'opération, le refuse, ou le donne mais sous conditions, dans les 15 jours suivant la fin de l'enquête. Toutefois, en dépit des délais relativement courts visés dans les textes, dans la pratique l'instruction menée par CFIUS peut durer plus de 105 jours.

L'Autorisation d'une opération confère une immunité « *safe harbor* » à l'égard de toute contestations et contrôles ultérieures par l'État, sauf s'il s'avère que des informations pertinentes à l'instruction n'avaient pas été communiquées à l'État.

Les facteurs pris en considération

Le CFIUS prend en compte les facteurs suivants lorsqu'il évalue une opération :

- l'entreprise américaine a des contrats avec des agences gouvernementales américaines ayant des responsabilités en matière de sécurité nationale ;
- l'entreprise américaine exécute des contrats couverts par le secret défense ;
- l'entreprise américaine possède des « technologies critiques », y compris des technologies contrôlées par les lois américaines sur le contrôle des exportations ;

- l'opération donnera à un étranger le contrôle d'une "infrastructure critique" ; et
- l'entreprise américaine possède des bureaux ou des installations à proximité d'installations gouvernementales sensibles (par exemple, des bases militaires, des laboratoires nationaux, etc.)

Si la déclaration CFIUS est notifiée conjointement par l'investisseur étranger et son partenaire américain, dans la pratique, ces deux parties font face à un risque différencié quant aux aléas du contrôle CFIUS. En règle générale, l'investisseur étranger est davantage exposé que la cible américaine car le Président américain peut exiger le désinvestissement ou imposer d'autres conditions défavorables y compris après la conclusion de l'opération, c'est à dire à un moment où les anciens propriétaires de l'entreprise américaine sont partis ou ne détiennent plus qu'une participation réduite. En outre, l'autorisation donnée peut être soumise à des conditions défavorables ayant un impact disproportionné sur l'investisseur étranger (par exemple, en limitant l'accès de l'investisseur étranger à l'information détenue par l'entreprise ou sa capacité d'influencer certaines décisions nécessaires à la vie de l'entreprise).

La pratique

Dans la pratique, la réglementation CFIUS est loin de rester lettre morte. Le Président a bloqué deux investissements en 2018 dans des sociétés américaines :

- Au mois de mars, le Président s'est opposé à la fusion entre la société américaine Qualcomm et Broadcom, fabricant américain de microprocesseurs basé à Singapour. D'après le CFIUS, cette fusion aurait rendu Qualcomm moins concurrentielle sur le marché 5G par rapport aux concurrents chinois à cause de l'augmentation de l'endettement de Qualcomm et la modification des projets d'investissement en R&D sur le long terme.
- En septembre il s'est opposé au rachat du fabricant américain de semi-conducteurs « Lattice » par le fonds d'investissement « Canyon Bridge » au motif que ce fond est détenu majoritairement par un groupe étatique chinois, ce qui posait un risque pour la sécurité nationale des États-Unis.

Plus récemment, le Président a bloqué en 2020 l'application de la société « TikTok » du territoire américain, suite à l'acquisition par sa maison mère chinoise « ByteDance » de la société américaine « musical.ly » et des données personnelles de ses 100 millions d'utilisateurs. Toutefois, un aménagement a permis à l'application de poursuivre son activité sur le territoire américain, en contrepartie de l'engagement de ByteDance de céder ses parts dans la société « TikTok » à une société américaine.

Le Département du Trésor informe régulièrement le Congrès américain des activités du CFIUS. Ces documents démontrent une augmentation régulière des nombres de déclarations faites par les parties, de 2008 jusqu'à présent, de même que les dossiers d'instruction à l'initiative du CFIUS.

D'après les données publiées, de 2008 à 2015, aucune décision présidentielle de blocage n'a été prise, à l'exception d'une opération en 2012 aux termes de laquelle l'achat de 4 fermes éoliennes aux États-Unis par une société américaine affiliée à la société chinoise Sany Group a été bloquée, à cause de leurs proximités d'une base militaire américaine.

En 2019, le CFIUS a reçu 231 déclarations dont 113 ont fait l'objet d'une instruction; 30 d'entre elles ont été retirées par les déclarants en cours d'instruction. Les secteurs les plus concernés par les déclarations faites auprès du CFIUS entre 2010 à 2019, sont les suivants:

- le secteur manufacturier : 40%
- le secteur financier, informatique et services : 36%
- le secteur minier et de la construction : 16%
- le secteur du commerce et de la transportation : 9%

Il est envisageable que les impulsions protectionnistes qui régnait sous le gouvernement précédent diminueront avec le nouvel occupant de la Maison Blanche. Toutefois, l'appareil administratif chargé du contrôle des investissements poursuivra son activité avec ses pouvoirs désormais étendus. Ainsi, il incombe plus que jamais à l'investisseur étranger de vérifier lors de son *due diligence* l'impact éventuel de la réglementation CFIUS sur son investissement, et ce quel que soit le parti politique au pouvoir.