



RÉFORME DU CONTRÔLE DES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS EN ALLEMAGNE : UNE NOUVELLE MURAILLE DE CHINE ?

*par Christian Sauer et Kai Völpel, associés, German Desk
Franklin Société d'avocats*



Christian Sauer



Kai Völpel

Le gouvernement allemand a renforcé le 12 juillet 2017 sa réglementation relative au contrôle des investissements étrangers par le Ministère de l'économie et de l'énergie (« Aussenwirtschaftsverordnung »).

Ce régime s'applique aux investisseurs situés hors de l'Union Européenne (UE) et de l'Association européenne de libre-échange (AELE).

La réforme vise notamment à étendre le champ d'application du contrôle, et durcit les règles de procédure qui lui sont applicables. Elle est entrée en vigueur le 18 juillet 2017.

Elle modifie le régime applicable au contrôle des investissements dans les secteurs spécifiques de la défense et de l'armement (le contrôle sectoriel), en étendant la liste des activités pour lesquelles une notification préalable est obligatoire, et en allongeant les délais de la procédure.

Par ailleurs, et surtout, elle élargit considérablement le pouvoir d'intervention non-sectoriel du gouvernement

allemand au nom de la sauvegarde de l'ordre public ou de la sécurité du pays (« öffentliche Ordnung oder Sicherheit »), en particulier en ce qui concerne les investissements dans des infrastructures dites « critiques ».

CONTRÔLE NON-SECTORIEL

Elargissement du champ d'application du contrôle non-sectoriel – Notion d'infrastructures critiques

Le critère applicable pour déclencher un contrôle non-sectoriel reste, comme sous l'ancienne réglementation, le risque que l'opération est susceptible de présenter pour l'ordre public ou la sécurité du pays.

Le nouveau décret énumère désormais, à titre d'exemple, une liste d'activités pour lesquelles un investissement est susceptible de présenter un danger particulier pour l'ordre public ou la sécurité du pays, en insistant sur les investissements dans des entreprises qui exploitent ou fournissent des infrastructures dites « critiques ».

Le décret considère notamment comme « critiques » des infrastructures se rapportant aux secteurs de l'énergie, de



l'IT, des télécommunications, des transports, de la santé publique, de l'eau, de l'alimentation, de la finance et des assurances, ainsi que les logiciels spécifiquement adaptés à ces secteurs, les prestations de cloud computing, les services de télématique dans le secteur de la santé et les opérateurs de télécommunications soumis à des obligations légales en matière de surveillance et d'interception des communications.

Renforcement des règles de procédure applicables

Toute acquisition par un investisseur, non-ressortissant de l'UE ou de l'AELE, d'une participation, directe ou indirecte, de plus de 25% des droits de vote dans une société opérant dans un des secteurs listés par le nouveau décret doit désormais obligatoirement être notifiée au Ministère de l'économie et de l'énergie.¹

Cette notification n'était pas obligatoire avant l'entrée en vigueur du nouveau décret, et les parties à une opération pouvaient (dès lors que celle-ci n'était pas soumise au contrôle sectoriel évoqué plus bas) décider de ne pas informer l'administration de l'investissement réalisé, en misant sur l'expiration des délais accordés à l'administration pour traiter le dossier. L'investissement était alors sécurisé à l'expiration de ces délais.

Allongement des délais

Le décret accorde désormais davantage de temps à l'administration pour analyser les opérations d'investissement au titre du contrôle non-sectoriel, en allongeant les délais d'instruction mais, surtout, en modifiant le point de départ de ces délais :

- le délai dont dispose l'administration pour notifier sa décision de lancer une investigation sur une opération reste de trois mois, comme auparavant, mais commence désormais à courir à compter de la « connaissance » par l'administration de la conclusion d'un accord définitif ; sous le régime antérieur, ce délai courait à compter de la conclusion même de cet accord. Notons à ce sujet que la notion de « connaissance » n'est pas définie par le texte, ce qui crée une incertitude nouvelle sur la date de départ du délai ;
- en outre, le décret précise désormais que l'administration dispose d'un délai de cinq ans, à compter de la date de conclusion de l'accord d'investissement, pour initier une procédure de contrôle. Cette disposition

ne vise, par définition, que les cas où la notification n'est pas obligatoire.

- enfin, le décret double le délai accordé à l'administration pour prendre une décision en cas d'ouverture d'une procédure de contrôle, en le faisant passer de deux à quatre mois à compter du dépôt d'un dossier complet par l'investisseur.

Il est à noter que ces nouveaux délais ont pour conséquence de découpler le calendrier des procédures de contrôle au titre des investissements étrangers de celui du contrôle des concentrations en phase 1 (pour lequel le délai de réponse de l'administration concernée (Bundeskartellamt) demeure de un mois).

Augmentation probable du nombre de demandes de rescrit

Il résulte de ces nouvelles dispositions que :

- pour les investissements dans les activités spécifiquement énumérées par le décret au titre du contrôle non-sectoriel, la notification est désormais obligatoire, et tout investissement étranger dans ces activités, dépassant le seuil de déclenchement du contrôle de 25%, devront s'y soumettre, sous peine d'encourir la nullité de l'opération ;
- pour les autres investissements, dont on peut raisonnablement penser qu'ils peuvent impacter la sécurité ou l'ordre public du pays, et même si la notification n'est pas obligatoire, les investisseurs auront davantage tendance à demander à l'administration un rescrit (« Unbedenklichkeitsbescheinigung ») afin de sécuriser l'opération avant l'expiration du délai de cinq ans susvisé.

Le décret allonge le délai de réponse de l'administration à une telle demande de rescrit, en le faisant passer de un à deux mois. A défaut de réponse de l'administration à l'expiration de ce délai, le rescrit est considéré comme accordé. Les notes explicatives du nouveau décret précisent que cet allongement est destiné à prendre en compte la complexité accrue des opérations notifiées et à éviter que l'administration se voit contrainte d'initier des procédures de contrôle à titre conservatoire.

Le rescrit lui-même peut être demandé à tout moment, c'est-à-dire, le cas échéant, avant la signature des contrats définitifs eux-mêmes.

¹ Rappelons que la règle (inchangée par le décret) s'applique dès lors que ce seuil de 25% est franchi, en une ou plusieurs fois et ce, que l'investissement soit effectué en Allemagne de manière directe ou indirecte. Ce qui signifie, concrètement, que le dispositif de contrôle est susceptible de s'appliquer à des transactions portant sur l'acquisition d'une société qui n'est pas elle-même allemande, dès lors que celle-ci détient, directement ou indirectement, des filiales ou sous-filiales allemandes, ou des entreprises ou sites de production situés en Allemagne.



CONTRÔLE SECTORIEL OBLIGATOIRE (DÉFENSE ET ARMEMENT)

Le nouveau décret élargit le champ d'application du contrôle sectoriel obligatoire dans les domaines de la défense et de l'armement, en l'étendant à certains nouveaux produits, tels que les systèmes de commandement et de contrôle (et notamment les moyens de cryptologie), ou les systèmes de télédétection.

Il allonge de un à trois mois le délai accordé à l'administration (à compter de la notification de l'opération, qui est ici obligatoire), pour notifier son intention de procéder à un contrôle de l'opération. Le délai pour procéder au contrôle lui-même et rendre sa décision est également étendu de un à trois mois.

Rappelons qu'il n'est toujours pas possible de déposer une demande de rescrit au titre du contrôle sectoriel.

AUTRES DISPOSITIONS DU DÉCRET

Précisions sur les structurations visant à contourner la réglementation applicable

La réglementation existante prévoyait d'ores et déjà, au titre du contrôle non-sectoriel, qu'un investissement ou une acquisition par un ressortissant de l'UE (ou de l'AELE) pouvait également faire l'objet d'une procédure de contrôle s'il apparaissait qu'une structuration abusive ou une opération de contournement avait été mise en place dans le but d'éviter l'application du régime de contrôle des investissements. A ce titre, les succursales ou sites de production européens d'un non-ressortissant sont considérés comme non-ressortissants.

Cette notion de contournement est désormais étendue au contrôle sectoriel.

Le décret du 12 juillet 2017 apporte par ailleurs une précision à cette notion de contournement, en indiquant que l'absence d'une activité économique propre de l'investisseur direct, ainsi que l'absence d'une implantation durable de cet investisseur au sein de l'UE (caractérisée par des locaux, du personnel ou de l'équipement) constituent des indices d'une structuration de contournement, si bien que l'investissement sera alors considéré comme effectué par un non-ressortissant, même si l'investisseur direct est immatriculé dans un pays de l'UE.

L'administration s'invite à la table des négociations

Sous l'ancienne réglementation, l'administration pouvait simplement autoriser ou interdire l'opération dans son ensemble, ou l'assortir de conditions. Le nouveau décret introduit davantage de flexibilité, en permettant à l'administration de négocier avec les parties à l'opération des « accords contractuels » destinés à protéger les intérêts de l'Allemagne. La forme de ces accords n'est pas précisée, mais le délai dont dispose l'administration pour notifier l'issue du contrôle sera suspendu pendant les négociations les concernant.

Extension des informations à fournir – Investisseur indirect

Autre nouveauté apportée par le décret du 12 juillet 2017, l'administration peut désormais, dans le cadre d'une procédure de contrôle non-sectoriel, demander des informations complémentaires à toute personne participant directement ou indirectement à l'opération, et notamment à tout investisseur indirect.

Le décret du 12 juillet 2017 a été vivement critiqué par les organisations patronales allemandes, qui y voient un frein au libre-échange et estiment qu'il réduira l'attractivité des sociétés allemandes pour les investisseurs étrangers. Il est conforme à la volonté politique affichée ouvertement par certains pays de renforcer les moyens de protection de leur know-how vis-à-vis de l'appétit grandissant, notamment, des entreprises chinoises, qui sont en réalité les premières visées par ses dispositions, et les ont d'ailleurs vivement critiquées.

Le gouvernement allemand estime que les nouvelles dispositions ne devraient conduire qu'à une dizaine de contrôles supplémentaires par an. En réalité toutefois, l'allongement et le renforcement des procédures, combiné à l'extension du champ d'application matériel du régime de contrôle des investissements, conduira certainement à un alourdissement des opérations d'investissements étrangers en Allemagne. L'expérience française semble néanmoins montrer que ce type de contrainte n'a que peu d'impact sur le volume des transactions concernées, dès lors que l'environnement économique du pays cible reste lui-même attractif.

Le **German Desk** de Franklin conseille et accompagne ses clients des pays germanophones dans leurs opérations transfrontalières et leurs activités en France. Il est également le partenaire privilégié de ses clients français et internationaux pour leurs problématiques juridiques en Allemagne, Suisse et Autriche.

Allemands ou d'origine allemande, biculturels et trilingues, les avocats du **German Desk** de Franklin accompagnent leurs clients dans tous les domaines de compétence de Franklin et assurent la liaison avec l'ensemble des pôles du cabinet.