

JURIDIQUE & FISCAL / 29 Juin 2017

LA PROTECTION DES SECTEURS STRATEGIQUES OU SENSIBLES PAR L'ÉTAT FRANÇAIS

par Pascal Bine, avocat associé, François Piquet et Julien Bracq, avocats, Skadden



L'État dispose principalement de deux moyens pour protéger les secteurs stratégiques ou sensibles français : la régulation et la participation au capital et aux organes d'administration des sociétés concernées. En fonction, l'État agit en tant que régulateur ou actionnaire. Les réflexions sur l'efficacité de ces outils se sont multipliées ces derniers temps.

L'ÉTAT-RÉGULATEUR

La régulation permet à l'État de superviser l'accès, l'exercice et le contrôle capitalistique des activités stratégiques ou sensibles. A cette fin, il dispose de plusieurs instruments.

Le contrôle des investissements étrangers

La France, comme un certain nombre d'autres puissances économiques, s'est dotée d'un dispositif de contrôle des investissements étrangers. Celui-ci soumet à l'autorisation préalable du ministre de l'économie l'acquisition d'une entreprise française intervenant dans les domaines de la défense, de la sécurité nationale et de l'ordre public par un investisseur étranger.

Cette réglementation repose sur une liste limitative d'activités sensibles fixée par décret. Le décret Montebourg du 14 mai 2014 a sensiblement élargi le champ d'application de cette réglementation en l'étendant aux secteurs dits stratégiques : l'eau, l'énergie, les transports, les communications électroniques et la santé publique.

La réglementation est plus restrictive pour les investisseurs non-européens que pour les investisseurs européens. Constituent un investissement étranger, quelle que soit sa provenance, le fait d'acquérir le contrôle ou tout ou partie d'une branche d'activité d'une société française ainsi que, lorsque l'investisseur est non-européen, le fait de franchir le seuil de 33,33 % du capital ou des droits de vote d'une entreprise française. La liste des activités sensibles est également plus importante dans le cas des investisseurs non-européens.

L'instruction des demandes d'autorisation est effectuée par le bureau Multicom II au ministère de l'économie. En 2016, un commissaire à l'information stratégique et à la sécurité économiques (CISSE) a été mis en place, avec pour mission d'identifier et de protéger les secteurs stratégiques nationaux. Le CISSE et ses services ont vocation à être impliqués dans le traitement des dossiers importants.

L'octroi de l'autorisation du ministre de l'économie est conditionné à la souscription par l'investisseur étranger d'un certain nombre d'engagements tenant à :

- la gouvernance de la société française (maintien du siège social en France, nomination d'un administrateur ou d'un point de contact opérationnel en charge des activités sensibles et, dans certains cas, nationalité et lieu de résidence des membres des organes d'administration et de direction, etc.),
- la gestion opérationnelle des activités sensibles (maintien des centres de R&D en France, poursuite des contrats en cours, maintien des capacités industrielles, réalisation des prestations de maintenance et de support par des équipes françaises, dépôt des brevets prioritairement en France, etc.),
- la protection des données et informations sensibles sur le territoire français (mise en place de zones d'accès restreint, élaboration d'un plan de protection, etc.).

Ces engagements doivent respecter le principe de proportionnalité et sont donc fonction du niveau de sensibilité des activités de la société cible française.

Lorsque l'opération est significative, l'investisseur étranger peut être amené à prendre des engagements de nature industrielle (préservation de l'emploi, maintien des centres de décision en France, développement de certains sites, poursuite des investissements, efforts de R&D, participation au développement de l'écosystème français, etc.) qui

Retrouvez cette article sur notre site internet à l'adresse:

<http://www.fusions-acquisitions.fr/article/juridique-fiscal-3/la-protection-des-secteurs-strategiques-ou-sensibles-par-l-etat-francais-2859>

sont négociés au niveau des cabinets ministériels en parallèle de la revue menée par Multicom II.

Les enjeux de sécurité évoluent au fil du temps. Le développement des nouvelles technologies (robotique, intelligence artificielle, etc.) et les risques associés (cyber-sécurité, données personnelles, etc.) ont pris une grande importance. Asseoir le dispositif français de contrôle des investissements étrangers sur un concept de sécurité nationale clair, intégrant les nouveaux défis économiques et technologiques comme aux États-Unis, rendrait ce dispositif encore plus efficace et plus prévisible vis-à-vis des investisseurs étrangers.

Les réglementations sectorielles

Le contrôle de l'État-régulateur s'applique également via la délivrance d'autorisations pour l'exercice de certaines activités (ex : la fabrication et le commerce d'armes, la réalisation d'opérations de banques, l'exploitation d'une entreprise télévisuelle ou radiophonique). L'objectif ici est de protéger des intérêts essentiels : l'ordre public, la stabilité du système financier, le pluralisme de l'information, etc. Le contrôle public peut être effectué par l'État lui-même ou par des autorités administratives indépendantes.

Ces réglementations permettent à l'État de contrôler la composition de l'actionnariat et des organes d'administration et de direction des sociétés concernées. Dans le secteur bancaire, l'acquisition de plus du dixième, du cinquième, du tiers ou de la moitié des droits de vote d'un établissement de crédit requiert ainsi l'autorisation préalable de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR).

Certaines de ces réglementations confèrent à l'État un pouvoir discrétionnaire important. C'est le cas notamment des réglementations relatives à la fabrication et au commerce d'armes qui permettent à l'État de refuser toute demande d'autorisation d'exercice pour des raisons tenant à la sécurité nationale (s'agissant de certains matériels de guerre) ou la sécurité publique (pour certaines autres catégories d'armes).

Certaines autorités de régulation disposent de pouvoirs étendus en matière de fixation ou d'homologation des tarifs professionnels, de contrôle des activités, d'attribution des ressources ou de nominations des dirigeants. C'est le cas notamment de l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (ARCEP), du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA), de l'Autorité de Régulation des Activités Ferroviaires et Routières (ARAFER) et de la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE).

L'ÉTAT-ACTIONNAIRE

L'État assure également la protection des secteurs stratégiques ou sensibles en étant présent au capital et aux organes d'administration des sociétés concernées.

Les « golden shares »

L'action spécifique ou golden share est un instrument qui confère à l'État des droits de contrôle vis-à-vis d'une société et de ses filiales sans rapport avec sa participation au capital de la société mère. Elle se distingue des actions de préférence qui peuvent être émises par les sociétés par actions à des investisseurs privés. Une action spécifique a été instituée au profit de l'État français dans le capital de Thomson-CSF (aujourd'hui Thalès), Gaz de France (aujourd'hui ENGIE), SNPE Matériaux Énergétiques (aujourd'hui Safran Ceramics) et, plus récemment, Nexter Systems.

La compatibilité des golden shares avec le droit de l'Union Européenne a fait couler beaucoup d'encre. Dans une série d'arrêts initiée en 2002, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a considéré que les golden shares étaient de nature à dissuader les investisseurs d'autres États membres d'effectuer des investissements dans les sociétés concernées et qu'à ce titre, elle constituait des restrictions à la libre circulation des capitaux.

La CJUE a jugé que ces restrictions ne sont licites que si elles sont justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique ou par des raisons impérieuses d'intérêt général. Ces restrictions doivent, de surcroît, être proportionnées, c'est-à-dire être propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour que cet objectif soit atteint. La CJUE considère ainsi que les droits de l'État doivent être limités aux actifs sensibles et aux décisions stratégiques, qu'ils ne doivent pas être discrétionnaires et que leur exercice doit être strictement encadré (en matière de délais, de motivation et de possibilité de recours juridictionnel). Sur la base de ces critères, la CJUE a jugé, le 4 juin 2002, que l'action spécifique instituée au profit de l'État dans le capital d'Elf-Aquitaine contrevenait au droit de l'Union Européenne.

Le régime français des actions spécifiques a été récemment amendé afin de se conformer aux exigences du droit de l'Union Européenne. Initialement prévu par la loi du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations, telle que modifiée, il figure désormais à l'article 31-1 de l'ordonnance du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, qui a été modifiée par la loi du 6 août 2015 dite « loi Macron ».

Dans le cadre de ce nouveau dispositif, une action spécifique ne peut être instituée qu'en cas de privatisation et à condition d'être justifiée par la « protection des intérêts essentiels du pays en matière d'ordre public, de santé publique, de sécurité publique ou de défense nationale ». On reconnaît là l'influence du droit de l'Union Européenne.

Retrouvez cette article sur notre site internet à l'adresse:

<http://www.fusions-acquisitions.fr/article/juridique-fiscal-3/la-protection-des-secteurs-strategiques-ou-sensibles-par-l-etat-francais-2859>

Une action spécifique peut également être transférée en cas de fusion ou de scission de la société dans laquelle elle a été instituée. La mise en place et le transfert d'une action spécifique requiert un décret.

Les droits qui peuvent être attachés à une action spécifique, limitativement énumérés par la loi, doivent, en vertu du droit de l'Union européenne, être « nécessaires, adéquats et proportionnés aux objectifs poursuivis ». Une action spécifique peut conférer à l'État :

- le droit d'agréer le franchissement de seuils de participation en capital et en droit de vote (sanctionné par la privation des droits de vote et, dans certains cas, l'obligation de céder les actions) ;
- le droit de s'opposer à la cession ou à l'affectation à titre de garantie de certains actifs stratégiques de la société et de ses filiales (sanctionné par la nullité de l'opération) ;
- le droit de nommer un représentant sans voix délibérative au conseil d'administration de la société concernée.

L'État ne peut refuser d'agréer un franchissement de seuils ou s'opposer à un projet de cession ou de nantissement d'actifs que si l'opération en question est « de nature à porter atteinte aux intérêts essentiels du pays ». Les conditions de mise en œuvre des droits conférés à l'État (notification, délais d'instruction et de réponse, motivation des décisions, recours juridictionnel) figurent dans les décrets instituant les actions spécifiques.

Outre l'action spécifique, l'État peut disposer de droits contractuels ou statutaires en vertu des statuts, d'un pacte d'actionnaires ou d'une convention avec la société concernée ou ses associés. Des droits ont été consentis à l'État en vertu des statuts d'Airbus Safran Launchers et de ses filiales, du pacte d'actionnaires conclu avec les actionnaires de Dassault Aviation et des conventions de protection des intérêts stratégiques nationaux conclues avec des sociétés intervenant dans le secteur de la défense telles qu'Airbus Group et Safran. Ces droits contractuels ne sont pas soumis aux contraintes résultant de la jurisprudence de la CJUE en matière de golden shares dès lors qu'ils s'inscrivent dans le cadre d'une application normale du droit des sociétés, en dehors de l'exercice de toute prérogative de puissance publique.

La représentation au sein des organes d'administration

Le contrôle de l'État-actionnaire peut s'effectuer également via la nomination d'un représentant auprès de la société, notamment au sein de ses organes d'administration.

L'ordonnance du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique permet à l'État de nommer trois types de représentants au conseil d'administration des sociétés dans lesquelles il détient une participation :

- le représentant stricto sensu : il représente l'État en sa qualité de puissance publique et a voix délibérative. Il doit être nommé dans les sociétés dont l'Etat détient directement, seul ou conjointement avec ses établissements publics, plus de 50 % du capital. Il peut également être nommé dans les sociétés dont l'Etat détient directement et seul plus de 10 % du capital.
- les administrateurs : ils représentent l'État en sa qualité d'actionnaire et sont nommés par l'assemblée générale sur proposition de l'État. Un nombre de sièges proportionnel à sa participation est réservé à l'État dans les sociétés dans lesquelles il détient directement et seul entre 10 % et 50 % du capital.
- le commissaire du gouvernement : il peut être nommé dans les sociétés dans lesquelles un représentant stricto sensu a été nommé. Il n'a pas voix délibérative et est chargé d'exposer la politique du gouvernement dans le secteur d'activité de la société.

D'autres dispositions légales et réglementaires permettent à l'État de nommer des représentants au sein de sociétés exerçant des activités sensibles ou stratégiques. Le code de la défense permet ainsi à l'État d'imposer le contrôle permanent ou temporaire d'un commissaire du gouvernement aux titulaires de marchés relatifs aux matériels de guerre et à leurs sous-traitants. Ce représentant a le pouvoir de recueillir les renseignements dont la connaissance est jugée utile par l'État et d'assister aux réunions du conseil d'administration et de l'assemblée générale.

La gestion par l'État de ses participations : état des lieux et perspectives

L'État-actionnaire intervient principalement à travers trois entités : la Caisse des Dépôts et Consignations (CDC), l'Agence des Participations de l'État (APE) et Bpifrance, lesquelles détiennent respectivement, 11,7 %, 70,4 % et 16,1 % de la valeur nette comptable des participations de l'État. D'autres entités portent les participations de l'État dans certains secteurs. C'est le cas notamment du CNES (Centre National d'Etudes Spatiales) qui détient des participations dans des sociétés liées au secteur aérospatial.

Dans son dernier rapport sur la question (« L'État actionnaire », janvier 2017), la Cour des comptes pose un regard très critique sur les participations de l'État : « un ensemble vaste et hétérogène [...] sans cohérence globale », difficile à gérer du fait d'une « sédimentation historique sans cohérence d'ensemble ». La Cour des comptes relève que la situation financière des sociétés concernées est « globalement préoccupante », et que la rentabilité des entreprises publiques est très nettement inférieure à celle des sociétés cotées sans participation de l'État. Elle note également que certaines d'entre elles font face aujourd'hui à des défis majeurs (ouverture à la concurrence pour la SNCF, transformation numérique pour La Poste).

Même constat pour David Azéma, ancien directeur de l'APE, dans son rapport pour l'Institut Montaigne

Retrouvez cette article sur notre site internet à l'adresse:

<http://www.fusions-acquisitions.fr/article/juridique-fiscal-3/la-protection-des-secteurs-strategiques-ou-sensibles-par-l-etat-francais-2859>

(« L'Impossible État actionnaire ? », janvier 2017), qui s'interroge sur la capacité de l'État à gérer des participations sur le long terme du fait des questions de conflits d'intérêts et d'objectifs et de différences culturelles entre le public et le privé.

Une réforme a déjà été engagée depuis quelques années dans la façon dont l'État gère ses participations. L'APE a lancé un processus de modernisation de son fonctionnement en 2014 et, la même année, la CDC a initié une politique de rotation de son portefeuille de participations. Selon la Cour des comptes, l'État doit :

- se fixer des objectifs stratégiques clairs et précis (définition des motifs de prises de participation et des niveaux cibles de détention, redistribution des participations entre l'APE et Bpifrance en précisant leurs rôles respectifs, revue régulière du portefeuille des participations) ;
- mieux encadrer l'exercice de son rôle d'actionnaire (adoption d'un code de gouvernance des entreprises à participation publique, transformation de l'APE en une agence autonome) afin de garantir l'autonomie de gestion des sociétés concernées ;
- limiter ses prises de participation à ce qui est strictement nécessaire au regard de ses missions (en privilégiant les modes d'intervention alternatifs et en redimensionnant son portefeuille de participations).

Emmanuel Macron, lorsqu'il était ministre de l'économie, avait déclaré qu'il souhaitait un "État stratège" et un "État actionnaire fort". Il poursuivra probablement la stratégie qu'il avait alors initiée, à savoir (1) privilégier les participations dans les entreprises stratégiques au regard de la politique industrielle et des intérêts de souveraineté nationale et (2) mettre en place une gestion dynamique des participations de l'État, en s'interrogeant notamment sur la pertinence des niveaux de détention au cas par cas.