

228 Plan de relance aux États-Unis : Quel sort pour les investissements étrangers ?

POINTS CLÉS ► Le plan de relance américain (American Recovery and Reinvestment Act ou ARRA) peut constituer une incitation pour les entreprises françaises à investir aux États-Unis ► Le contrôle des investissements étrangers aux États-Unis s'effectue via le « CFIUS ».

Mark MAZO

et

William KAHN,

avocats au bureau de Washington de Hogan & Hartson



LA LOI promulguée par le président Obama le 17 février 2009 (intitulée « American Recovery and Reinvestment Act of 2009 ») ne modifie pas les règles américaines sur le contrôle des investissements étrangers.

Cette loi de relance économique n'empêche pas les entreprises étrangères, qui investissent aux États-Unis, d'accéder aux marchés que les importantes dépenses publiques qui sont prévues créeront.

Ce plan de relance sans précédent peut constituer pour les sociétés françaises une motivation supplémentaire d'envisager un investissement aux États-Unis. Investir aux États-Unis, toutefois, dans les secteurs de l'infrastructure ou de la haute technologie notamment, doit se préparer, et ce d'autant plus que le cadre réglementaire de ce type d'opération a récemment changé.

La principale loi de contrôle des investissements étrangers aux États-Unis (connue sous le nom de « Exon-Florio ») donne au président des États-Unis, via le *Committee on Foreign Investment in the United States* (ou « CFIUS », un organisme auquel siègent, entre autres, les départements du Trésor, de la Défense, de la Justice, du Commerce et de la Sécurité intérieure), le pouvoir d'examiner l'impact d'investissements étrangers sur la sécurité nationale du pays et, le cas échéant, d'imposer des conditions et restrictions sur ces investissements, voire d'empêcher l'investissement. Une nouvelle réglementation en 2007, suite au vote du *Foreign Investment and National Security Act*, a étendu le champ d'intervention du CFIUS, et accordé un droit de regard au Congrès, en renforçant son contrôle dans le domaine des infrastructures critiques et les investissements émanant d'entités contrôlées par des États étrangers.

Si un investissement est susceptible d'affecter la « sécurité nationale » américaine, parce qu'il concerne par exemple des « infrastructures critiques » au niveau sécuritaire, économique ou

sanitaire ou les besoins américains en énergie ou autres ressources essentielles, une procédure d'enquête gouvernementale substantiellement plus longue que la normale sera désormais ordonnée. Il en sera de même, depuis la nouvelle réglementation de 2007, si l'acquéreur est un gouvernement étranger ou une entité contrôlée par un gouvernement étranger. Dans certains cas précis, des participations minoritaires peuvent être qualifiées comme donnant lieu à « contrôle » lorsqu'elles sont accompagnées de certains droits conventionnels ou statutaires offrant à l'État étranger actionnaire un pouvoir décisionnaire sur certaines opérations de l'entreprise. L'existence ou non d'une situation de contrôle doit être examinée au cas par cas.

Si, en matière de contrôle des investissements étrangers, le président Obama semble s'inscrire dans la continuité de l'administration Bush, laquelle généralement s'est montrée favorable aux investissements étrangers, il convient néanmoins de rester prudent sur la mise en œuvre de ces règles par la nouvelle administration tant qu'elle cherchera une voie pour sortir de la crise. Toute faiblesse politique ou faille juridique d'un dossier d'investissement étranger aux États-Unis sera exploitée par un concurrent, rendant d'autant plus nécessaire une préparation politique et juridique approfondie de la transaction.

Il est généralement de bonne stratégie de contacter dès que possible le CFIUS et les administrations fédérales ou étatiques concernées par l'investissement envisagé et d'informer en amont les acteurs politiques clés afin de préempter toute campagne politique de désinformation émanant de concurrents américains qui brandiraient le spectre de l'atteinte à la sécurité nationale.

Quant à la transaction elle-même, l'acquéreur doit négocier des dispositions contractuelles protégeant ses intérêts en cas de rejet de la transaction par le président des États-Unis. Si une enquête du CFIUS est probable, il sera donc indispensable d'obtenir du vendeur ou de la cible de conditionner la transaction à l'obtention de l'accord du CFIUS. Des dispositions contractuelles supplémentaires doivent être envisagées si le CFIUS est susceptible d'imposer des conditions ou restrictions à son accord, telles la vente par la société cible d'actifs sensibles ou leur mise sous fiducie.