

INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS, FOCUS SUR LA 5G

*par Simonetta Giordano, Partner, et Arnaud Chabert, élève-avocat,
Simmons & Simmons Paris*



A l'heure où tous les yeux sont rivés sur la gestion des suites de la crise du COVID-19, un dossier, en apparence plus discret, suscite la controverse : celui du déploiement de la 5G en France et en Europe. La cinquième génération de réseaux mobiles sera, selon la Commission européenne, la « cheville ouvrière » de nombreux services essentiels au fonctionnement du marché intérieur. La 5G aura des implications dans de nombreux secteurs tels que l'énergie, les transports, l'agriculture et sera porteuse de nouvelles perspectives pour les entreprises. Ainsi, selon Margrethe Vestager, vice-présidente de la Commission, « le déploiement sans retard des réseaux de 5G est une question d'importance stratégique pour tous les Etats Membres [...] ». Toutefois, malgré ces avantages non négligeables, des voix s'élèvent à l'encontre de son déploiement. Au-delà des risques potentiels sur la santé, des inquiétudes sur la sécurité de l'Union se font entendre. Le quasi-monopole des équipementiers chinois rend quasi inévitable le recours à leur technologie. Aujourd'hui le marché des équipements 5G se partage entre Huawei, Nokia et Ericsson. Des sources proches du dossier craignent l'existence d'une porte dérobée dans le 5G, permettant au gouvernement chinois de recueillir des informations sensibles. Les Etats-Unis et le Royaume-Uni ont d'ores et déjà exclu Huawei de leurs réseaux 5G. La position du gou-

vernement français est plus nuancée comme nous le verrons ci-après.

A ce jour, il n'a pas exclu l'équipementier. Cependant, depuis le 1er août 2019 l'exploitation sur le territoire national de tout équipement 5G est soumise à autorisation préalable. Ainsi, les opérateurs auxquels seraient attribuées les licences pour exploiter la 5G en France 5G devront obtenir l'autorisation préalable pour utiliser tel ou tel équipementier. Dans ce contexte, la France a consenti des autorisations allant jusqu'à 8 ans pour certains équipementiers mais limitées à 5 ans pour Huawei, ce qui aurait pour conséquence de limiter son expansion sur le territoire français.

Un autre instrument que la France pourrait utiliser pour filtrer l'influence d'un pays étranger sur des activités aussi stratégiques que la 5G est le contrôle des investissements étrangers. Celui-ci s'inscrit dans un contexte européen plus large.

A l'échelle européenne, en effet, différents instruments ont été adoptés pour assurer la sécurité du réseau 5G. En premier lieu, la Commission a adopté le 26 mars 2019 des recommandations relatives à la cybersécurité des réseaux 5G. En second lieu, en janvier 2020, la Commission a approuvé une « boîte à outils » présentant différentes mesures afin d'assurer la sécurité du réseau 5G. Parmi elles

figure le mécanisme de filtrage des investissements étrangers issu du Règlement du 19 mars 2019. Ce dernier instaure un cadre pour le filtrage des investissements étrangers dans l'Union pour des motifs de sécurité ou d'ordre public. Les Etats membres peuvent prendre en considération les effets de l'investissement sur les infrastructures et technologies critiques pour apprécier l'atteinte à la sécurité ou à l'ordre public. Le réseau 5G, par son importance, sera aisément considéré comme une infrastructure sensible. Ainsi, les investissements l'affectant seront susceptibles de déclencher le mécanisme de filtrage. En somme, le Règlement du 19 mars 2019 permettrait d'assurer la protection des actifs essentiels du réseau 5G.

En France, lors des débats sur la loi PACTE, le Ministre chargé de l'économie a exprimé sa volonté de créer un « continent européen puissant dont les innovations pourront rivaliser avec celles développées par les Américains et les Chinois ». Dans le cadre du déploiement de la 5G, en juillet 2020, Bruno Le Maire a affirmé ne vouloir discriminer aucune entreprise tout en veillant au respect de la sécurité nationale. La France et la Chine se sont engagés à unir « leurs efforts pour garantir un environnement de marché non discriminatoire, et encourager les entreprises tous les pays à participer à la construction du réseau 5G conformément les principes du marché et le principe de sécurité ». Toutefois, en pratique, le gouvernement semble adopter une position prudente quant au déploiement de la 5G, comme le montrent les autorisations consenties récemment concernant les équipementiers.

Pour ce qui concerne le contrôle des investissements étrangers, la France s'est très tôt dotée d'un mécanisme de filtrage. Au fil du temps, le dispositif s'est développé. Les seuils ont été baissés, et la liste des secteurs stratégiques s'est accrue et la procédure de contrôle a été rationalisée et simplifiée en 2019 et 2020, tout en laissant une bien plus grande latitude au gouvernement. Se pose ainsi la question de savoir si l'investissement dans des activités se situant à différents niveaux de la chaîne de valeur 5G seront soumis au contrôle du Ministre chargé de l'économie.

L'article R. 151-3 du Code monétaire et financier (tel que modifié) devrait permettre à plusieurs égards de soumettre de tels investissements au mécanisme de filtrage.

D'abord, les investissements dans des activités portant sur une infrastructure essentielle pour garantir « l'intégrité, la sécurité ou la continuité de l'exploitation des réseaux et des services de communications électroniques » sont soumis à une autorisation préalable du Ministre de l'Economie. Force est de constater que le réseau 5G assure une telle fonction. Ainsi les investissements dans

des activités portant sur le réseau 5G pourraient être soumis à ce titre au contrôle.

Et plus largement, l'exploitation de la 5G peut avoir un impact sur une multitude d'autres secteurs qui font partie des secteurs critiques dans lequel tout investissement étranger (UE lorsqu'il s'agit d'une prise de contrôle ou non-UE lorsqu'il s'agit de l'acquisition) e plus de 25% de droits de vote, ramené temporairement à 10% pour les sociétés cotées) doit obtenir la même autorisation préalable du Ministre de l'Economie. Par exemple, les investissements dans des infrastructures, biens ou services essentiels pour garantir « l'intégrité, la sécurité ou la continuité de l'approvisionnement » en énergie, eau, ou « l'exploitation » des réseaux et des services de transport ou encore de santé, etc.

Depuis que cette réglementation a été renforcée et élargie, notamment en 2014, le gouvernement a adopté une approche pragmatique et nuancée. Ainsi, l'on devrait pouvoir s'attendre à une application très ciblée de ces mesures dont la vocation est de préserver les actifs stratégiques sans pour autant décourager les investisseurs.

Le conseil du praticien !! malgré le pragmatisme du gouvernement, la complexité de l'analyse et de la notification, si celle-ci est nécessaire, ainsi que l'impact du processus de contrôle des investissements étrangers sur la structure et le timing des opérations (le processus peut prendre de deux à quatre mois environ) requiert que cet aspect soit anticipé très en amont du projet d'investissement (tant par les cédants que par l'investisseur potentiel). Anticiper permettra de limiter les éventuels impacts du timing de cette procédure sur d'éventuelles contraintes pesant sur la cible (par exemple en cas de situations spéciales, en cas de financement dont la date de maturité serait rapprochée, en cas de procédures d'autorisations à mener en parallèle selon le secteur (par exemple démarches devant les organismes notifiés dans le secteur des dispositifs médicaux ou de l'ANSM dans le cas de produits pharmaceutiques, etc)). Il faut aussi tenir compte du fait que sur l'impulsion de la Commission européenne plusieurs pays européens se sont dotés ou ont renforcé leur mécanisme de contrôle des investissements étrangers et que celui-ci concerne -tout comme en France - les investissements directs mais aussi les investissements indirects. En conséquence, on pourrait dans certaines opérations « cross border » se retrouver dans des situations où il faudrait notifier dans plusieurs pays simultanément, chacun ayant ses délais, ses exigences de notification et son analyse, ce qui pourrait potentiellement avoir un impact encore plus important sur le timing et la structure de l'opération. Ainsi, investisseurs et cédants, anticiper et impliquer très en amont vos juristes, sont les clefs du succès.