

# Tik Tok c/ USA – Le contrôle des investissements étrangers, une arme politique

**Le CFIUS, Comité sur les investissements étrangers aux États-Unis** (*Committee on Foreign Investment in the United States*) (CFIUS) a été créé en 1988 par l'amendement Exon-Florio à la loi sur la production de défense de 1950. Son statut a été amendé en 2007 par la loi sur les investissements étrangers et la sécurité nationale de 2007 (*Foreign Investment and National Security Act*), puis par la Loi de modernisation de l'examen des risques liés aux investissements étrangers de 2018, le (*Foreign Investment Risk Review Modernization Act*) (FIRRMA).

## **Le Contrôle des investissements étrangers aux États-Unis**

Il s'agit d'un comité inter-agences dont la compétence est vaste pour examiner certaines transactions portant sur des investissements étrangers aux États-Unis, y compris les transactions impliquant des "entreprises américaines" (même si les opérations américaines de la cible ne constituent qu'une partie de son activité) et certaines transactions immobilières effectuées par des personnes étrangères, afin de **déterminer les effets de ces transactions sur le marché américain et sur la sécurité nationale des États-Unis** ; de la même manière que cela se fait en matière de corruption ou de respect des sanctions américaines.

Le champ d'intervention du CFIUS a pu être vu comme ambigu, mais il est généralement considéré que ***seules certaines des opérations qui permettent d'acquérir une influence significative, un contrôle, dans une entreprise<sup>1</sup> entrent dans le champ d'intervention du CFIUS***. La notification est généralement à l'initiative des opérateurs et reste donc volontaire, mais dans certains cas, elle est obligatoire (cas étendus au fur et à mesure des réformes).

**Pour les notifications volontaires**, les parties concernées évaluent si les opérations envisagées représentent un risque pour l'économie américaine ou la sécurité nationale des États-Unis dans les domaines suivants :

- Les acquisitions impliquant des investisseurs publics étrangers ;
- Les investissements de fonds étrangers dans les fonds de capital-risque américains ;
- Les acquisitions d'entreprises situées à l'étranger, mais disposant de filiales aux États-Unis ;
- L'acquisition ou la location de terrains ou de biens immobiliers situés aux États-Unis par les entreprises étrangères ;
- La formation de Joint-Ventures dans lesquelles l'une des parties apporte une société américaine préexistante.

**Les notifications obligatoires** portent sur des opérations impliquant des entreprises américaines qui produisent, conçoivent, testent, fabriquent, fabriquent ou développent une

---

<sup>1</sup> Jusqu'en 2020, il était généralement considéré que 10% des droits de vote donnaient ce contrôle, désormais, doivent être notifiés des investissements qui accordent à l'investisseur étranger l'accès à des "informations techniques importantes non publiques".

ou plusieurs technologies critiques. Avant le 13 février 2020, la réglementation<sup>2</sup> se concentrait sur les transactions qui pouvaient entraîner le contrôle étranger d'une entreprise américaine. Depuis cette date, la réglementation met en œuvre des modifications relatives à certains "investissements couverts" sans contrôle qui donnent à une personne étrangère un certain accès, des droits ou une implication dans certains types d'entreprises américaines. La typologie des activités soumises à un contrôle obligatoire a été finalisée dans la réforme du 15 octobre 2020. Mais **depuis le 15 octobre 2020**, le contrôle s'est étendu : si l'opération concerne une entreprise américaine qui produit, conçoit, teste, fabrique, fabrique ou développe une ou plusieurs technologies critiques, ou si l'opération est menée par une entreprise contrôlée par un gouvernement étranger, la notification de l'opération [devient obligatoire](#).

**La particularité de la procédure aux États-Unis est qu'il appartient ensuite au Président des États-Unis**, au travers du CFIUS, d'examiner l'opération en fonction de l'ensemble des faits et des circonstances et de déterminer si elle présente un risque potentiel de vulnérabilité, notamment si l'acquisition doit être effectuée par un opérateur hostile aux États-Unis ou bien pourrait causer un dommage à l'économie des États-Unis.

Cet examen se fait en plusieurs étapes : examen par le CFIUS (45 jours, délai qui peut être prolongé si une enquête de sécurité nationale est décidée), examen par le Président des États-Unis si nécessaire (15 jours) sur saisine du CFIUS. Le CFIUS peut suspendre ou interdire cette opération, ou bien imposer qu'elle soit réalisée en respectant certaines conditions lorsqu'une opération pourrait présenter un risque au regard des [questions suivantes](#) :

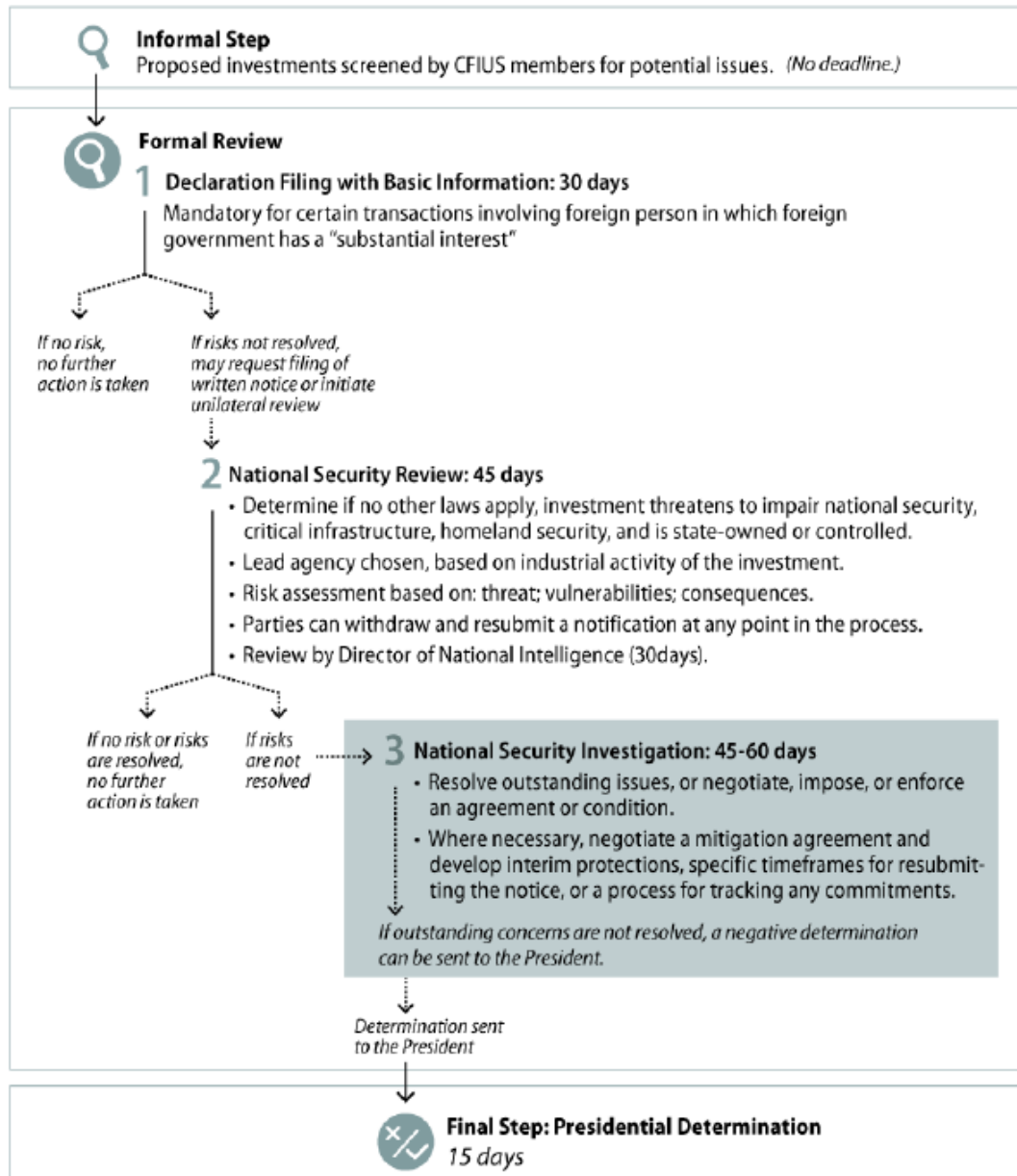
1. Quelle est la menace que représentent les investissements étrangers en termes d'objectifs et de capacité ?
2. Quels sont les aspects de l'activité qui présentent des vulnérabilités pour la sécurité nationale ?
3. Quelles sont les conséquences pour la sécurité nationale si ces vulnérabilités étaient exploitées ?

Pour mieux comprendre le processus, il est possible de se référer au logigramme développé par le [Congrès américain](#) :

---

<sup>2</sup> 31 C.F.R. partie 800.

**Figure 2. Steps of a CFIUS Foreign Investment National Security Review**



En cas de doute, le CFIUS peut toujours être consulté de façon informelle en amont de l’opération aux fins de vérifier si la notification sera nécessaire une fois que l’opération aura été complètement structurée.

**Tik-Tok devait-il notifier l’opération au CFIUS ?**

Dans le cas de TikTok, pour comprendre l’applicabilité de cette réglementation sur le contrôle des investissements étrangers, il est nécessaire de revenir à 2018, époque à laquelle TikTok était alors nommée Musical.ly. Musical.ly était une société chinoise qui disposait d’une filiale en Californie. Cette société a été achetée en 2018 par ByteDance, autre société chinoise, et renommée TikTok.

A l'époque, **l'opération n'a pas été notifiée au CFIUS**, alors même que, compte-tenu de sa forte présence aux Etats-Unis, il pouvait être considéré que l'opération, qui entraînait l'acquisition d'une société située aux Etats-Unis, entrerait dans le champ d'application de la réglementation américaine sur les investissements étrangers. **La notification n'était semblait-il pas obligatoire à ce moment-là, mais le CFIUS dispose du droit de revoir a posteriori**, généralement dans les 3 ans suivant la finalisation de l'opération<sup>3</sup>, une opération qui ne lui avait pas été notifiée, et dans ce cadre, il lui est possible de revenir dessus. En l'espèce, compte-tenu de la nature de l'activité de TikTok, qui lui permet d'accéder à un grand nombre de données à caractère personnel, de la croissance exponentielle de son chiffre d'affaires et des informations qui laissent penser que le gouvernement chinois aurait accès aux données détenues sur le réseau TikTok, **le CFIUS a lancé a posteriori un examen de l'opération en novembre 2019.**

Les discussions qui ont suivi, et notamment les propositions de TikTok d'expliquer techniquement son système, ont mené les 6 et 14 août à la signature de [deux décrets](#) par le Président des Etats-Unis, exigeant un arrêt complet des activités de TikTok aux États-Unis le 12 novembre 2020. TikTok a depuis demandé une prolongation de 30 jours au Comité sur les investissements étrangers aux États-Unis, qui examine les acquisitions étrangères en fonction des risques pour la sécurité nationale. Le 13 novembre 2020, le comité a repoussé la date limite de 15 jours au 27 novembre<sup>4</sup>. Depuis l'été 2020, des tractations sont intervenues pour les activités de TikTok aux États-Unis soient vendues à une société américaine : la première offre a été présentée à Microsoft mais a été rejetée par Bytedance malgré les niveaux de sécurité que Microsoft semblait [avoir proposé](#).

Une seconde offre est en cours de négociation avec Oracle. Il est encore difficile de savoir si Oracle ne sera que le fournisseur de services d'hébergement cloud de TikTok comme mentionné dans son communiqué du [20 septembre 2020](#) ou si l'opération ferait également entrer Oracle et Walmart au capital de TikTok, d'autres investisseurs américains entrant au capital de [Bytedance](#). La structure retenue par Bytedance devra être notifiée au CFIUS qui vérifiera la transaction proposée au regard des critères mentionnés plus haut. Certains commentateurs relèvent qu'Oracle aurait des liens avec le Président Trump. Ces liens seront-ils toujours utiles si l'opération n'est pas finalisée avant la prise de pouvoir du nouveau Président en janvier 2021 ? Joe Biden a en effet exprimé son inquiétude sur le fait que TikTok ait accès à tant de données de citoyens américains, et ce, même s'il ne partage pas la même approche que Donald Trump dans les relations que les Etats-Unis doivent avoir avec la Chine<sup>5</sup>. **La politique technologique conduite par le nouveau Président des Etats-Unis aura-t-elle une influence ?**

En tout état de cause, le feuilleton de l'été 2020 a montré l'interaction toujours plus importante entre les intérêts politiques et les règles juridiques et économiques du marché. Cette situation n'est pas unique. D'autres pays exploitent les règles de contrôle des investissements étrangers, en particulier la France.

---

<sup>3</sup> Dans certains cas, il peut être passé outre le délai de 3 ans.

<sup>4</sup> [Statement on ByteDance and TikTok](#) by Treasury Spokesperson Monica Crowley.

<sup>5</sup> Tonya Riley, [The Cybersecurity 202](#): A Biden administration could mean a reset in the U.S. war on TikTok, the Washington Post.

## **Le contrôle des investissements étrangers en France**

Il a fait l'objet de plusieurs réformes ces derniers mois. Le régime de ces contrôles a été réformé par la Loi Pacte, qui a ensuite été complétée par un décret n°2019-1590 et un arrêté du 31 décembre 2019 pour préciser le domaine des opérations soumises au contrôle de l'administration française et ont étendu les pouvoirs répressifs alloués au ministre de l'économie. Ainsi, les investissements étrangers sont soumis à **autorisation préalable du ministre de l'économie**.

L'article R151-1 du code monétaire et financier prévoit que constitue un investisseur étranger : *1° Toute personne physique de nationalité étrangère ; 2° Toute personne physique de nationalité française qui n'est pas domiciliée en France au sens de l'article 4 B du code général des impôts ; 3° Toute entité de droit étranger ; 4° Toute entité de droit français contrôlée par une ou plusieurs personnes ou entités mentionnées au présent 1°, 2° ou 3°*. **Pour pouvoir être contrôlée, l'opération doit constituer un investissement tel que défini par l'article R151-2 du code monétaire et financier :**

- 1. *D'acquérir le contrôle d'une entité de droit français ; ou*
- 2. *Acquérir tout ou partie d'une branche d'activité d'une entité de droit français ; ou*
- 3. *Franchir, directement ou indirectement, seul ou de concert, le seuil de 25% de détention des droits de vote d'une entité de droit français.*

*Le 3<sup>e</sup> point n'est applicable ni à une personne physique possédant la nationalité d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu une convention d'assistance administrative avec la France en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale et domiciliée dans l'un de ces Etats, ni à une entité dont l'ensemble des membres de la chaîne de contrôle, au sens du II de l'article R. 151-1, relèvent du droit de l'un de ces mêmes Etats ou en possèdent la nationalité et y sont domiciliés.*

Comme en droit américain, un investissement relève de la procédure d'autorisation si **les activités de la société cible sont de nature à porter atteinte à l'ordre public, la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale, ou s'il s'agit d'activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives** (liste des activités précisées dans l'article L.151-3 du code monétaire et financier)..

**L'objectif politique de cette réglementation est donc clair. Il s'agit de contrôler les activités sensibles pour la sécurité ou l'économie du pays.** Cet objectif a d'ailleurs été confirmé par les modifications qui ont entraîné une extension du régime lors du premier confinement au Printemps 2020, comme le confirme le communiqué publié sur [le site internet du Ministère de l'économie](#) : *« Bruno Le Maire a annoncé le 29 avril une adaptation de la procédure de contrôle des investissements étrangers en France (IEF), dans le contexte de la crise sanitaire et économique en cours. Cette crise fragilise les entreprises françaises, y compris celles qui interviennent dans des secteurs stratégiques. Si la plupart des opérations d'investissements étrangers sont des opportunités pour les entreprises françaises, la volatilité des marchés financiers et la très forte baisse des valorisations d'un grand nombre de sociétés les rendent particulièrement vulnérables à d'éventuelles opérations inamicales, ce qui exige une vigilance renforcée. »*

Dans ce contexte, **l'Arrêté du 27 avril 2020 relatif aux investissements étrangers en France a étendu le régime de notification aux investissements réalisés dans les biotechnologies.** Le gouvernement précise ainsi : « L'ajout des biotechnologies à cette liste de technologies critiques donnera de meilleures marges d'appréciation à l'État pour examiner les opérations dans ce secteur. »<sup>6</sup> En outre, **le seuil de participation conférant plus de 25% des droits de vote d'une entreprise, même sans prise de contrôle a été abaissé à 10% pour les entreprises cotées**<sup>7</sup>. Le gouvernement explique cette mesure par le fait que ces sociétés ont un actionariat parfois dispersé et qu'une prise de participation, même minoritaire, peut être déstabilisatrice lorsqu'elle est inamicale.

Lorsque le dossier de demande d'autorisation a été déposé, le ministre de l'économie dispose d'un délai de 30 jours ouvrés pour prendre une décision. S'il ne répond pas dans ce délai, la demande est réputée rejetée. Le ministre, à l'issue de la procédure d'instruction du dossier, a le choix de refuser l'investissement, de l'autoriser ou d'assortir l'autorisation de conditions. Lorsqu'une opération a été réalisée sans autorisation préalable ou sans respect des conditions assortissant l'autorisation, le ministre de l'Économie peut, selon le manquement constaté et sa gravité, demander qu'une demande d'autorisation soit déposée et suivre ensuite la procédure d'examen. Si les conditions d'autorisation n'ont pas été suivies, le ministre peut retirer l'autorisation ou bien imposer le respect des conditions initiales ou de nouvelles conditions. Cette décision peut être assortie d'une astreinte, de mesures conservatoires (suspension des droits de vote, désignation d'un mandataire) ou d'une sanction pécuniaire.

**La différence du régime français avec le régime américain est l'absence d'implication en France du Président de la République.** La démarche française se révèle purement économique alors qu'elle peut être éminemment politique aux États-Unis en raison de l'implication du Président des États-Unis.

### **L'Union européenne**

L'UE a aussi un objectif politique, si ce n'est protectionniste du marché intérieur. Le règlement (UE) 2019/452 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne est entré en application le 11 octobre 2020, sous le contrôle des États membres et de la Commission européenne. Les considérants du règlement indiquent en effet que : « Conformément aux engagements internationaux pris dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et de l'Organisation de coopération et de développement économiques, ainsi que dans les accords sur le commerce et l'investissement conclus avec des pays tiers, l'Union et les États membres ont la possibilité, dans certaines conditions, d'adopter des mesures restrictives concernant les investissements directs étrangers pour des motifs de sécurité ou d'ordre public. ». Ils précisent que ces mesures relèvent de la politique commerciale commune et qu'ils sont une nouveauté alors même que d'autres pays en ont déjà adopté.

### **Le Royaume-Uni**

---

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Décret n° 2020-892 du 22 juillet 2020 relatif à l'abaissement temporaire du seuil de contrôle des investissements étrangers dans les sociétés françaises dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé.

Le Royaume-Uni quittant l'Union européenne, le gouvernement a annoncé le 11 novembre 2020 un projet de loi (The National Security and Investment Bill) aux fins de moderniser son régime [de contrôle des investissements étrangers](#). Le gouvernement précise que le projet de loi vise à moderniser ses pouvoirs « *en matière d'enquête et d'intervention dans les cas d'investissements directs étrangers potentiellement hostiles qui menacent la sécurité nationale du Royaume-Uni... Dans le cadre du projet de loi sur la sécurité nationale et les investissements, le gouvernement adoptera une approche ciblée et proportionnée pour s'assurer qu'il peut examiner, imposer des conditions ou, en dernier recours, bloquer un accord dans tout secteur où il existe un risque inacceptable pour la sécurité nationale.* »

On voit donc bien que quel que soit le pays, ces lois sont à surveiller ; elles sont en effet susceptibles d'évoluer rapidement pour prendre en compte les choix politiques ou l'évolution de la situation économique.

Maria Lancri, Avocat Associée, Squair.

Olivier Lopez, Avocat Associé, Squair, enseignant MBA Exe Intelligence Juridique de l'EGE.

Amira Abaoub, Titulaire du CAPA, Squair.