

- Décret « Montebourg » -

La défense des intérêts nationaux français face aux capitaux étrangers

Contexte - Le 5 novembre, Emmanuel Macron, ministre de l'Economie, laisse savoir par un communiqué de presse qu'il autorise l'investissement de General Electrics avec Alstom.

Cette autorisation a été délivrée sur la base du décret n°2014/479 du 14 mai 2014 qui vient réformer le contrôle des changes. Ce dernier est relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable. Si le régime de l'autorisation préalable des investissements étrangers, qu'ils soient réalisés en France ou à l'étranger a été abandonné en tant que principe en droit français, il est resté en vigueur pour certains investissements qui sont qualifiés de sensibles.

L'article L151-3 du Code monétaire et financier dispose que les investissements sensibles sont ceux qui participent à l'exercice de l'autorité publique ou qui relèvent d'un domaine défini par la loi. Les articles suivants définissent précisément la nature de ces activités et dressent une liste de onze secteurs dans lesquels les investissements étrangers peuvent être sujets à une procédure d'autorisation préalable lorsqu'ils dépassent un certain seuil (contrôle, 33,33 % du capital ou des droits de vote, acquisition d'une branche d'activité). En résulte que de très nombreuses activités relèvent du régime d'autorisation lorsqu'elles font l'objet d'un investissement en provenance d'un Etat tiers (article R153-2 du CMF) : les casinos, les activités de sécurité privée, les activités de recherche et de production d'antidotes, les matériels d'interception des communications, la sécurité informatique, les biens et technologies à double usage (civile et militaire), la cryptologie et toute industrie fournissant le ministère de la défense (marchés secret-défense, recherche et commerce en matière d'armement...).

Les circonstances de l'affaire General Electrics - Alstom ont précipité l'initiative française d'élargir les activités soumises à autorisation. Sont désormais également visées toutes les activités portant sur des matériels, des produits ou des prestations de services essentielles à garantir les intérêts du pays en matière d'ordre

public, de sécurité publique ou de défense nationale. Il s'agit de sauvegarder l'intégrité, la sécurité et la continuité d'approvisionnement en matière énergétique, la continuité d'exploitation en matières de transport, de commerce électronique et d'ouvrage nécessaires à la défense ainsi que la protection de la santé publique¹.

Le régime obtenu combine un champ d'application de moins en moins restreint et des pouvoirs étendus confiés à l'administration dans le cadre de sa décision. Evidemment, se pose la question de l'effet dissuasif substantiel d'un tel régime. Quand une entité décide d'investir à l'étranger, elle va regarder le contexte politique de l'Etat, sa santé économique et les critères juridiques. Parmi ces critères juridiques, on compte le traitement fiscal dans le cadre de la convention fiscale de non double imposition mais aussi le contrôle des changes et des mouvements de capitaux que ce décret vient réformer. Si ce décret aura incontestablement un impact sur les flux d'investissements directs étrangers (IDE) vers la France, la question reste dans quelle mesure.

Problématique - La problématique principale est celle d'un équilibre entre le contrôle des investissements étrangers et la dissuasion. La France ne faisant pas exception en matière de contrôle, on s'interroge d'abord sur la dimension de l'impact des mesures étrangères semblables sur les flux d'IDE dans les autres Etats. Ensuite, s'agissant des pays membres de l'Union européenne, l'inquiétude principale porte sur les moyens de contrôle, particulièrement le contrôle discrétionnaire exercé par les gouvernements nationaux. Dans le cas de la France, c'est aussi la question de l'extension de la réglementation juridique corrélative à l'extension de la notion d'intérêt stratégique. Enfin, des doutes pèsent sur la compatibilité de l'extension des pouvoirs de contrôle avec les engagements internationaux des Etats membres de l'Union européenne.

I – Volonté de satisfaire le principe de réciprocité

Le décret du 14 mai 2014 ne met pas en place un dispositif inédit. La France manifeste par ce décret sa volonté de s'aligner sur les standards internationaux des autres Etats en matière de contrôle des IDE.

Force est de constater que l'apparition de nouveaux types d'investisseurs et la volonté croissante des Etats de protéger leurs secteurs stratégiques a conduit un grand nombre d'entre eux à durcir les règles qui régissent l'admission des investissements étrangers dans l'économie nationale. En effet, si on a pu assister à une croissance de la mobilité des flux financiers et à l'assouplissement des barrières économiques à l'entrée des Etats, ces phénomènes ne s'accompagnent pas d'un relâchement des barrières juridiques. Le gouvernement français parle de « patriotisme économique »².

La CNUCED³ propose un suivi de l'évolution des législations mises en œuvre par les Etats au regard des investissements étrangers :

- en 2000, seulement 2% des mesures allaient dans le sens d'un plus grand contrôle
- fin 2013 30% des nouvelles mesures vont dans ce sens.

Exemples - La défense et la sécurité nationales se trouvent au premier rang des arguments justifiant le recours à l'évaluation de la compatibilité de l'investissement étranger avec les intérêts nationaux. Par exemple, le **Canada**, le 17 septembre 2009, a adopté un règlement par lequel il autorise l'autorité fédérale à prendre toutes les mesures jugées nécessaires vis-à-vis des investissements étrangers, en vue de garantir la préservation de la sécurité nationale. Les termes de sécurité nationale étant rarement définis, le contenu du contrôle est laissé à la discrétion des organes compétents. D'autres Etats utilisent des motifs de ressources et d'approvisionnement énergétiques faisant appel à des notions de sécurité énergétique et de sécurité d'approvisionnement, dont il est tout autant compliqué de définir les contours.

Le dispositif mis en place par le **Royaume-Uni** est plus pragmatique : il n'existe pas de législation sur les investissements directs

étrangers, mais d'autres dispositifs permettent un contrôle, par le biais de l'*Enterprise Act* (2003) qui introduit une application spécifique du contrôle des concentrations aux secteurs affectant les intérêts publics - sans que ceux-ci ne soient listés.

Les gouvernements anglais et canadien ne sont pas les seuls à adopter ce nouvel objectif de minimisation des effets pervers de la libéralisation économique et financière à l'échelle mondiale. La **Chine** va même plus loin. Son système articule deux filtres : un premier filtre qui permet aux autorités d'interdire tout investissement étranger dès lors qu'il est de nature à affecter la sécurité économique du pays, à impliquer un secteur industriel majeur ou à déboucher sur un transfert de marques traditionnelles chinoises à l'étranger ; et un second filtre pour vérifier si l'investissement ne vise pas un secteur qui est prohibé ou restreint conformément à une liste établie en fonction des objectifs de la politique économique chinoise (contrôles spécifiques à certains secteurs).

Chacun de ces dispositifs présente un risque pour la circulation des capitaux. Et pourtant les statistiques n'enregistrent pas une baisse de la réception des IDE par ces trois Etats ces dernières années⁴.

IDE entrées nettes (BDP millions USD)	2011	2012	2013
Canada	40.131	43.085	67.581
Royaume-Uni	36.243	66.827	48.314
Chine	331.391	295.625	347.848

Les Etats membres de l'Union européenne dont la France, partagent les mêmes préoccupations que les autres Etats et cherchent à accroître le contrôle sur leurs secteurs stratégiques. Mais parce qu'ils sont limités par le droit communautaire, ils ont été contraints d'introduire une variété d'instruments directs et indirects dans leur législation nationale. La sanction systématique de ces instruments les a conduit à mobiliser leur pouvoir discrétionnaire,

ce qui n'est pas sans conséquences sur les interrogations des investisseurs étrangers.

II – Le régime français de l'autorisation préalable : pouvoir discrétionnaire et sévérité des sanctions

L'article R153-9 du Code monétaire et financier donne au ministre de l'économie le pouvoir de s'inviter dans les négociations : il examine si la « *préservation des intérêts nationaux* » peut être obtenue en assortissant l'autorisation de plusieurs conditions.

Un feu vert sera refusé pour deux raisons :

- parce qu'après l'examen de la demande, le ministre estime que l'investisseur est susceptible de commettre des infractions de droit pénal
- si le ministre estime que la préservation des intérêts nationaux ne sera pas forcément assurée malgré le respect des conditions qu'il aurait pu poser.

Autrement dit, Bercy dispose d'une totale liberté d'appréciation conduisant à un contrôle au cas par cas. Ce dispositif existe depuis un décret du 30 décembre 2005⁵ en France (à l'époque sanctionné par la Commission européenne). Mais ce qui inquiète aujourd'hui dans la réforme, c'est l'amplitude que prennent les secteurs concernés par ce pouvoir discrétionnaire hors texte législatif ou réglementaire.

Pratique - En pratique, c'est avant tout une question d'interprétation des textes sur les activités concernées et la notion d'intérêt stratégique ou national. L'imprécision des contours entraîne un problème de visibilité pour les investisseurs et donc une insécurité juridique pour leur projet. Qu'est ce qu'englobe la notion d'intérêt stratégique ?

Il faudra regarder comment le gouvernement applique les textes. Dans le cas de l'investissement de General Electric dans Alstom, l'investissement a été autorisé après un processus de six mois de discussions approfondies entre l'Etat français, General Electric, Alstom ainsi que ses entreprises clientes, EDF et Areva. Le décret n'a donc pas interdit l'investissement étranger, mais l'a ralenti et encadré. Il s'agira davantage pour le gouvernement français, d'imposer des

conditions - ou de poser des conditions inacceptables qu'un autre candidat accepterait - plus que de bloquer les investissements directs étrangers (d'autant plus que l'entreprise disposant de voies de contestation, la décision ministérielle n'est pas irréversible⁶).

Sanctions - En réalité, la dissuasion se fera davantage par la sévérité des sanctions que prévoit le dispositif français. Le Ministre de l'Economie, constatant qu'un investissement étranger est réalisé irrégulièrement sans son autorisation, pourra enjoindre à l'investisseur de ne pas donner suite à l'opération, de la modifier ou de faire rétablir à ses frais la situation antérieure⁷. L'investisseur a douze mois pour régulariser sa situation. Si l'injonction n'est pas respectée, la sanction est pécuniaire : son montant maximum s'élève au double du montant de l'investissement irrégulier. L'investissement étranger irrégulier encourt la nullité⁸. Enfin, l'investisseur étranger peut être sanctionné pénalement (par une peine de cinq ans d'emprisonnement notamment)⁹. Il faudra aussi regarder comment sera sanctionné le non respect des engagements contractuels attachés à l'autorisation préalable.

Même si le décret tente de contourner la contradiction au droit de l'Union Européenne en distinguant les investisseurs intra-Union Européenne et les investisseurs hors Union, la Commission européenne a mis en garde le gouvernement français.

III – Vide juridique international et européen : quelle solution ?

Suite à la parution du décret, le Commissaire européen du marché intérieur, Michel Barrier, s'est adressé à la France : la Commission européenne fera une étude du dispositif pour regarder s'il ne constitue pas une entrave à la libre circulation des capitaux. Mais les autorités européennes se sont contentées d'encadrer de façon informelle et précipitée l'initiative française¹⁰ : le décret constitue une restriction à la libre circulation des capitaux et à la liberté d'établissement, cependant, « *il poursuit des objectifs qui sont de nature à être justifiés au regard des articles 52, 65 et 346 du TFUE* ». Puis, elles précisent que le décret

devra être appliqué de manière appropriée et proportionnée sous peine de sanction. Que faut-il entendre par appropriée et proportionnée ?

La réaction nuancée de la Commission est cohérente face au constat de son incapacité à proposer l'élaboration d'une législation permettant de contrôler les investissements extra-Union Européenne. Bien que l'Union européenne soit un des premiers destinataires des flux d'IDE dans le monde, la notion d'équilibre entre sécurité et attractivité est inexistante dans sa législation. Si les investissements bénéficient d'une protection accrue après leur admission sur le sol national, la procédure d'admission laisse place à un véritable vide juridique. Traités multilatéraux, traités bilatéraux ou accords régionaux ne comportent aucune règle contraignante en matière d'admission des investissements. Or l'Union Européenne, en prenant le parti d'un libéralisme total, place les Etats membres dans une situation précaire et critique face au renforcement de l'exigence de réciprocité.

Compétence de l'UE - La Directive 88/361/CEE du 24 juin 1988 (Annexe I) inclut les investissements directs dans le champ des opérations relevant de la libre circulation des capitaux et relevant donc de la compétence partagée entre l'Union et les Etats membres. Mais par lecture combinée avec l'article 207 TFUE, on peut déduire d'une part que par exception, les investissements directs relèvent de la compétence exclusive de l'Union en tant qu'ils sont inclus dans la politique commerciale commune ; d'autre part, qu'ils sont soumis aux dispositions de l'articles 63 à 66 du TFUE (en particulier au principe de liberté des relations financières entre les Etats membres et les pays tiers). La Commission n'ayant pas encore conclu de traités contraignants, les Etats demeurent interdits de restreindre des investissements étrangers en provenance des pays tiers - sauf exceptions prévues par les traités.

Solutions ? - Il ne fait aucun doute que l'Union européenne doit légiférer pour se protéger des investissements étrangers lorsqu'ils concernent des secteurs stratégiques et pour limiter les abus. Une solution serait de définir une notion « d'intérêt européen » et

d'harmoniser des critères et des modalités sur la base desquels les autorités compétentes des Etats membres effectuent ces vérifications. Il serait également souhaitable qu'une liste des domaines jugés stratégiques par l'Union européenne (à l'exclusion de la défense nationale qui ne relève pas de sa compétence) soit élaborée, en précisant que la liste n'est pas limitative et qu'en fonction de considérations qui leurs sont propres les États peuvent la compléter.

De tels dispositifs ne diminueraient pas l'attrait de l'Union européenne pour les investisseurs : ils ne feraient que dupliquer ce qui existe ailleurs et surtout, permettraient de sécuriser juridiquement un dispositif nécessaire pour garantir l'indépendance européenne.

Anne Biache
anne@biache.fr

¹ §12 art. R153-2 CMF

² (2005). Concept formule une remise en cause de l'ouverture non régulée des économies aux flux entrants de capitaux, basée sur le constat des effets négatifs que peut générer pour une économie une trop grande dépendance aux flux étrangers.

³ Source : Rapport sur les investissements mondiaux 2013 publié par la CNUCED (Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement)

⁴ Banque Mondiale :

<http://donnees.banquemondiale.org/indicateur/BX.K.LT.DINV.CD.WD/countries?display=default>

⁵ Décret n°2005/1739

⁶ L'investisseur étranger, si refus, peut contester devant les juridictions administratives par la voie d'un recours pour excès de pouvoir. La juridiction administrative peut alors annuler la décision si les deux critères du décret ne sont pas remplis (pour l'instant aucune jurisprudence).

⁷ art. L151-3 CMF

⁸ art. L151-4 CMF

⁹ art. L165-1 CMF par renvoi à l'article 459 du Code des douanes

¹⁰ courrier du 19 juin 2014 adressé par les services de la Commission européenne aux autorités françaises