



INSIGHT

FILTRAGE DES INVESTISSEMENTS DIRECTS ÉTRANGERS DANS L'UE ET COVID-19: VERS UNE POLITIQUE COMMUNE D'INVESTISSEMENT FONDÉE SUR LA SÉCURITÉ DE L'UNION

SABRINA ROBERT-CUENDET*

ABSTRACT: This *Insight* examines the EU's response to foreign direct investment in the context of the COVID-19 pandemic. The crisis has revealed the increased risk of attempts to acquire EU healthcare capabilities or EU strategic industries via foreign direct investments (FDI). As positive law stands, EU Member States are responsible for preventing such "predatory purchases", through national screening mechanism and in order to protect their national security. But on 20 March 2020, the European Commission adopted guidelines that lay the foundations for a European common investment policy. These milestones are based on the need to protect the EU interests beyond those of the Member States, and make the Commission the guardian of European security.

KEYWORDS: COVID-19 and the EU – foreign direct investment – FDI screening mechanism – public order and national security – European security – common investment policy.

I. INTRODUCTION

Face à la crise sanitaire de la COVID-19 et au choc économique qu'elle cause, l'Union européenne a, dès le mois de mars 2020, déployé un ensemble de mesures qui visent à préserver l'intégrité du marché unique et à assurer la résilience de l'économie européenne.

Cet ensemble de mesures repose tout entier sur l'idée que l'économie intégrée des Etats membres constitue le socle le plus solide de la solidarité européenne et que les outils qu'offre le droit de l'Union, s'ils sont mobilisés dans le cadre d'une coopération étroite, sont aptes à permettre que la crise, dans toutes ses dimensions, soit surmontée. Parmi ces mesures, dont beaucoup ont déjà été commentées dans les *Carnets européens*, la communication adoptée par la Commission le 25 mars 2020 et portant

* Professeur de droit international et européen, Le Mans Université; membre du Thémis-UM, membre associée de l'Institut de Recherche en Droit International et Européen de la Sorbonne (IREDIES), sabrina.robert-cuendet@univ-lemans.fr.



Orientations à l'intention des Etats membres concernant les investissements directs étrangers et la libre circulation des capitaux provenant de pays tiers ainsi que la protection des actifs stratégiques européens, dans la perspective de l'application du règlement (UE) 2019/452 (règlement sur le filtrage des IDE) mérite l'attention.¹

Par ces orientations, la Commission européenne entend guider les Etats dans l'application de leur mécanisme de filtrage des IDE, en lien avec les réactions qu'il convient de déployer pour faire face à l'urgence sanitaire et économique actuelle.² A première vue, cette communication ne bouleverse pas l'organisation des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres. Si l'UE dispose, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, d'une compétence exclusive en matière d'IDE, et pourrait donc définir elle-même les conditions de réalisation des IDE sur le territoire des Etats membres, de fait, ces derniers ont très largement conservé la maîtrise de ce secteur. Le règlement 2019/452 du 19 mars 2020 établissant un cadre pour le filtrage des IDE dans l'Union reconnaît en effet que "[l]a décision de mettre en place un mécanisme de filtrage ou de filtrer un investissement direct étranger donné *continue de relever de la responsabilité exclusive de l'Etat membre concerné*".³ Si le législateur européen a "laissé" aux Etats la compétence en matière d'admission (et donc de filtrage) des IDE, c'est parce que le contrôle de ces opérations est motivé par la protection de l'ordre public et de la sécurité publique des Etats. La Commission, quant à elle, se voit reconnaître un certain rôle dans le règlement 2019/452: celui d'émettre des avis, non contraignants, quand l'opération d'investissement envisagée touche les intérêts de plusieurs Etats membres ou les intérêts de l'Union. Mais elle n'intervient que de manière subsidiaire. La communication du 20 mars 2020 est un *vade-mecum*, à l'adresse des Etats membres, sur la manière dont ces derniers peuvent actionner leur dispositif de filtrage des IDE afin de protéger, dans le cadre de la crise de la COVID-19, les actifs stratégiques européens. De ce point de vue, l'équilibre des compétences qui résulte du droit positif européen ne semble pas bouleversé.

Mais, il apparaît aussi que dans ces orientations, la Commission va au-delà du rôle que lui assigne le règlement 2019/452. En appelant les Etats à faire usage de leur mécanisme de filtrage pour contrôler des IDE qui pourraient menacer la capacité de

¹ Communication C/2020/1981 du 25 mars 2020 de la Commission, *Orientations à l'intention des Etats membres concernant les investissements directs étrangers et la libre circulation des capitaux provenant de pays tiers ainsi que la protection des actifs stratégiques européens, dans la perspective de l'application du règlement (UE) 2019/452 (règlement sur le filtrage des IDE)*.

² Ces orientations étaient annoncées dans la première communication que la Commission a adoptée dans le cadre de la crise de la COVID-19 le 13 mars 2020. Communication COM(2020) 112 final du 13 mars 2020 de la Commission, *Réaction économique coordonnée à la flambée de COVID-19*, par. 2: "La Commission guidera les Etats membres dans l'application du règlement sur le filtrage des investissements directs étrangers".

³ Règlement (UE) 2019/452 du 19 mars 2019 du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union, préambule, n° 8. Nous soulignons.

l'Union à réagir efficacement à de futures crises sanitaires comparables à celles de la COVID-19 et en insistant sur la nécessité de procéder à ces contrôles en tenant dûment compte des intérêts de l'Union, la Commission pose les jalons d'une véritable politique commune des investissements dont la pierre angulaire est la sécurité de l'Union.

II. LA CRISE DE LA COVID-19 COMME RÉVÉLATEUR DU RISQUE D'“ACQUISITIONS PRÉDATRICES” DES ACTIFS STRATÉGIQUES DE L'UE

La survenance de l'épidémie de COVID-19 et les nombreuses difficultés que les Etats membres ont rencontrées dans la gestion de la crise ont mis à jour, de façon brutale, la fragilité des leviers de réaction européens face à une urgence sanitaire de cette ampleur. La dépendance des chaînes d'approvisionnement en matériel de première nécessité est la manifestation la plus criante des limites du marché mondialisé dont l'UE est l'un des principaux artisans. Mais la crainte des "acquisitions prédatrices" d'actifs stratégiques⁴ – dans le domaine de la recherche pharmaceutique ou dans le domaine de la fabrication du matériel médical par exemple – est vite devenue une préoccupation essentielle des Etats membres et des institutions européennes.

Le risque que des prises de contrôle étranger détournent les industries européennes de leur vocation à satisfaire d'abord les besoins des citoyens européens est réel. En attestent, d'une part, le fait que les Etats-Unis ont récemment, semble-t-il, envisagé de racheter la société biopharmaceutique allemande Curevac qui travaille à l'élaboration d'un vaccin contre le coronavirus, et d'autre part l'aide de 80 millions d'euros apportée à l'entreprise par la Commission européenne pour dissuader toute opération de ce genre.⁵

Face à ce risque de prédation des ressources économiques nationales indispensables au maintien de leur souveraineté sanitaire, plusieurs Etats ont répondu à la crise de la COVID-19 en renforçant leur mécanisme de filtrage des investissements étrangers.⁶ Au sein de l'Union, l'Espagne est la première à avoir réagi en ce sens en adoptant, en mars 2020, un décret-loi qui impose l'obtention d'une autorisation gouvernementale

⁴ Communication COM(2020) 112 final, cit., Annexe, par. 4, "Quelles sont les raisons justifiant des restrictions aux mouvements de capitaux?".

⁵ Commission européenne, Revue de presse du 16 mars 2020, *Coronavirus: Commission Offers Financing to Innovative Vaccines Company Curevac*, ec.europa.eu; CNUCED, *Investment Policy Monitor*, Avril 2020, n° 23, p. 3.

⁶ CNUCED, *Investment Policy Responses to the COVID-19 Pandemic, Investment Policy Monitor*, Mai 2020, special issue n° 4; A. UFIMTSEVA, D. SHAPIRO, J. LI, *How Coronavirus is Changing the Rules on Foreign Investment in Essential Areas*, in *The Conversation*, 5 mai 2020, theconversation.com. Pour les réactions en dehors de l'UE, on peut citer le Canada qui a décidé, dès le 18 avril 2020, de renforcer la procédure de contrôle pour les projets d'investissement dans des domaines relatifs à la santé publique et aux biens et services essentiels. Policy Statement on Foreign Investment Review and COVID-19, 18 avril 2020, www.ic.gc.ca. L'Australie, de la même manière, a étendu le champ des investissements soumis à la procédure de filtrage et a allongé les délais de la procédure. Foreign Acquisitions and Takeovers Amendment (Threshold Test) Regulations 2020, 16 avril 2020, www.legislation.gov.au.

pour pouvoir investir dans les secteurs des infrastructures et industries stratégiques, de la fourniture d'intrants fondamentaux, des données sensibles et des médias.⁷ Au début du mois d'avril, l'Italie a également renforcé son dispositif de contrôle des investissements européens et étrangers dans plusieurs secteurs sensibles.⁸ Quant à la France, à la fin du mois d'avril, le ministre de l'Economie et des Finances a annoncé que le seuil de déclenchement du contrôle des investissements non européens serait abaissé à 10% (au lieu de 25%).⁹ Un arrêté du 27 avril fait par ailleurs entrer les biotechnologies dans la liste des technologies critiques faisant l'objet d'une procédure d'autorisation ministérielle, conformément au Code monétaire et financier.¹⁰

La communication de la Commission européenne en date du 25 mars 2020 vise à coordonner, au niveau régional, les réponses que les Etats membres peuvent adopter en ce sens. L'adoption de ces orientations est justifiée de la manière suivante:

"Aujourd'hui plus que jamais, l'ouverture de l'UE aux investissements étrangers doit être encadrée par des outils de filtrage appropriés. Dans le contexte de crise de la COVID-19, il pourrait y avoir un risque accru de tentatives d'acquisition de capacités de soins de santé (par exemple pour la production d'équipements médicaux ou d'équipements de protection) ou d'activités connexes telles que des instituts de recherche (par exemple pour l'élaboration de vaccins) au moyen d'investissements directs étrangers. Il faut être vigilant et éviter que de tels IDE portent atteinte à la capacité de l'UE à répondre aux besoins de ses citoyens en matière de santé".

Le levier européen qui peut être activé ici, pour faire face aux enjeux économiques que soulève la crise de la COVID-19, est le règlement 2019/452 du 19 mars 2020 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union. Ce règlement est entré en vigueur le 10 avril 2019 mais ne sera applicable qu'à partir du 11 octobre 2020.¹¹ Il met en place un mécanisme faitier qui doit permettre la coordination des politiques d'investissement des Etats membres, sans toutefois que ces derniers ne soient dépossédés de leurs compétences acquises dans ce domaine: c'est à eux que revient le droit de "décider de filtrer ou non un investissement direct étranger donné".¹²

⁷ Real Decreto-ley 8/2020, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, 17 mars 2020, www.boe.es.

⁸ Decreto-Legge n° 23 du 8 avril 2020, Misura urgente in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali, www.gazzettaufficiale.it.

⁹ DG Trésor, 30 avril 2020, *COVID-19. Adaptation du contrôle des investissements étrangers en France (IEF) pendant la crise-sanitaire*, www.tresor.economie.gouv.fr.

¹⁰ Arrêté du 27 avril 2020 relatif aux investissements étrangers en France, JORF n° 0105 du 30 avril 2020, texte n° 22.

¹¹ Art. 17 du règlement 2019/452, cit.

¹² *Ibid.*, art. 1, par. 3.

La Commission européenne, quant à elle, ne se voit reconnaître qu'un rôle secondaire, sans pouvoir de décision propre dans les procédures de filtrage des IDE en Europe.

Pour l'heure, quatorze Etats membres disposent d'un tel mécanisme de filtrage: l'Allemagne, l'Autriche, le Danemark, l'Espagne, la France, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, la Hongrie, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la Roumanie et la Finlande.¹³ La compatibilité de ces mécanismes avec le droit de l'UE dépend principalement de l'objectif poursuivi par le filtrage: seuls peuvent y être soumis les investissements étrangers qui peuvent présenter une menace pour la sécurité publique et l'ordre public.

S'agissant d'investissements étrangers qui pourraient, d'une manière ou d'une autre, détourner ou limiter les capacités sanitaires des Etats membres de l'Union – ceux qui ont précisément motivé l'adoption par la Commission des orientations que nous commentons ici – il ne fait aucun doute qu'ils entrent dans la catégorie des opérations pouvant affecter la sécurité ou l'ordre public.¹⁴ Et si l'on considère que l'espace économique européen est le plus ouvert aux investissements étrangers – du fait, en particulier, du principe de la liberté de circulation des capitaux qui bénéficie aussi bien aux investisseurs européens qu'aux investisseurs étrangers – les capacités sanitaires de l'Union sont parmi les plus exposées au risque de prédation étrangère.

Dans le cadre de la mise en ordre des réactions européennes face à la crise de la COVID-19, les orientations adressées par la Commission aux Etats membres semblent *a priori* ne pas remettre en cause la décentralisation des politiques européennes d'investissement. La Commission en appelle à la responsabilité des Etats pour s'appuyer sur la grande liberté que leur laisse le règlement 2019/452 afin de concevoir les réponses appropriées en matière d'IDE. Ainsi, elle invite les Etats membres qui sont déjà dotés d'un mécanisme de filtrage "à [en] faire, dès à présent, pleinement usage [...], de manière à tenir dûment compte des risques représentés pour les infrastructures critiques de soins de santé, la fourniture d'intrants critiques et d'autres secteurs essentiels, comme le prévoit le cadre juridique de l'UE".

Par ailleurs, elle invite ceux qui ne sont pas encore dotés d'un tel mécanisme ou qui disposent d'un mécanisme ne couvrant pas toutes les opérations pertinentes "à mettre en place un mécanisme complet de filtrage et, dans l'intervalle, à utiliser toutes les autres options disponibles pour traiter les situations où l'acquisition ou la prise de contrôle d'une entreprise, d'une infrastructure ou d'une technologie donnée risque d'engendrer un risque pour la sécurité ou l'ordre public dans l'UE, notamment un risque pour les infrastructures sanitaires critiques et la fourniture d'intrants essentiels".

¹³ Liste des mécanismes de filtrage notifiés par les Etats membres, conformément à l'art. 3, par. 8, du règlement 2019/452, à la date du 15 avril 2020: trade.ec.europa.eu.

¹⁴ Sur l'évolution de la notion de sécurité publique, ainsi que sur l'acceptation plus ou moins large de cette notion selon les Etats, voy. CNUCED, *The Protection of National Security in International Investment Agreements*, in *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*, 2009, unctad.org.

Mais au-delà de ces invitations formelles à l'adresse des Etats, dont on pourrait penser qu'elles sont de simples expédients à l'impossibilité de concevoir une réponse européenne commune face à la crise, la communication du 25 mars est, il nous semble, porteuse d'une ambition plus grande de la part de la Commission. On y voit cette dernière, championne du libéralisme, prôner la mise en place de politiques d'investissement si non protectionnistes du moins conservatrices et déborder le rôle subsidiaire que lui attribue le règlement 2019/452.

III. LE DROIT APPLICABLE AU FILTRAGE DES IDE: LE GLISSEMENT DE LA RESPONSABILITÉ EXCLUSIVE DES ÉTATS MEMBRES À LA COMPÉTENCE EFFECTIVE DE L'UE

III.1. LA COMPÉTENCE DE L'UE DANS LE DOMAINE DES IDE

Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'UE dispose d'une compétence exclusive en matière d'IDE (art. 207 TFUE). La politique d'investissement constitue "une nouvelle frontière" de la politique commerciale commune.¹⁵ Comme l'a confirmé la Cour de justice dans son avis 2/15 du 16 mai 2017 au sujet de l'accord de libre-échange avec Singapour, cette compétence ne concerne pas les investissements de portefeuille.¹⁶ Elle englobe en revanche les questions d'admission des IDE et les questions de protection des opérations économiques qui peuvent être qualifiées comme telles.¹⁷

C'est donc à l'UE qu'il revient, en principe, de définir le niveau d'ouverture de l'économie européenne aux investissements directs en provenance des Etats tiers. Dans certains des accords de libre-échange que la Commission a récemment négociés, et qui comportent un volet investissement, on trouve ainsi des dispositions qui visent à libéraliser les flux d'investissement entre les deux parties contractantes.¹⁸ Mais il faut souligner que, de manière générale, le régime européen des IDE repose sur une présomption de liberté. En effet le principe de libre circulation des capitaux, que pose l'art. 63 TFUE,

¹⁵ Communication COM(2010)343 final du 7 juillet 2010 de la Commission, *Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux*.

¹⁶ Selon la jurisprudence de la Cour de Justice, les IDE "consistent en des investissements de toute nature auxquels procèdent les personnes physiques ou morales et qui servent à créer ou à maintenir des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue de l'exercice d'une activité économique". Avis 2/15 du 16 mai 2017, Accord de libre-échange avec Singapour, par. 80. Les investissements de portefeuille, quant à eux, consistent en des opérations financières qui ne permettent pas d'exercer de contrôle sur l'activité économique en cause.

¹⁷ Avis 2/15, cit, par. 87.

¹⁸ Voy. par exemple l'art. 8, par. 4, de l'Accord économique et commercial global avec le Canada. Dans les accords de libre-échange dits de nouvelle génération, d'autres dispositions participent également à la libéralisation des investissements étrangers. C'est notamment le cas des clauses relatives à l'accès au marché des fournisseurs de services (quand la fourniture de service implique une présence commerciale dans le pays où le service est fourni) et des clauses relatives à l'accès aux marchés publics.

s'applique aussi bien aux mouvements de capitaux entre Etats membres qu'aux mouvements de capitaux entre Etats membres et Etats tiers. Or, la définition des mouvements de capitaux recoupe largement la notion d'investissement¹⁹ si bien qu'un investissement étranger peut, en principe être effectué librement sur le territoire des Etats membres.

Cette liberté connaît toutefois plusieurs tempéraments. D'une part, dès lors que l'opération suppose que l'investisseur *s'établisse* sur le territoire d'un Etat hôte, c'est-à-dire dès lors que cette opération est de nature à lui conférer une "influence certaine sur les décisions de la société et lui permet d'en déterminer les activités",²⁰ ce sont les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement qui trouvent à s'appliquer. Or, celles-ci ne bénéficient qu'aux ressortissants des Etats membres (art. 49 TFUE).

D'autre part, comme pour les trois autres libertés fondamentales qui structurent le marché européen, la libre circulation des capitaux peut faire l'objet de mesures restrictives exceptionnelles. L'art. 65, par. 1, litt. b), du TFUE, en particulier, prévoit que la libre circulation des capitaux ne porte pas atteinte aux droits qu'ont les Etats membres "de prendre des mesures justifiées pour des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique".²¹ La Cour de Justice est venue préciser que ce n'est "qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société", que ces motifs pouvaient être invoqués.²² Mais les Etats membres conservent une large marge de manœuvre dans la définition des conditions dans lesquelles les investissements étrangers peuvent être réalisés sur leur territoire. Ainsi, comme on l'a déjà relevé, la moitié des Etats membres dispose d'un mécanisme de filtrage qui permet aux autorités nationales compétentes de procéder au contrôle de certains projets d'investissement qui tombent dans la catégorie – définie au niveau national – des opérations susceptibles de porter atteinte à l'ordre public ou à la sécurité publique.

III.2. LE RÈGLEMENT 2019/452 POUR COORDONNER LA MISE EN ŒUVRE DES MÉCANISMES DE FILTRAGE NATIONAUX

Les investissements étrangers peuvent être considérés comme présentant une menace pour la sécurité nationale (ou sécurité publique)²³ dans trois hypothèses principalement:

¹⁹ Voy. la nomenclature des mouvements de capitaux établie par la directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'art. 67 du Traité CE. Cette directive n'est plus en vigueur mais la nomenclature qui y est établie conserve sa pertinence. En ce sens, Cour de justice, arrêt du 25 janvier 2007, affaire C-370/05, *Festersen*, par. 23.

²⁰ Critère d'identification de l'établissement. En ce sens Cour de Justice, arrêt du 12 décembre 2006, affaire C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation contre Commissioners of Inland Revenue*, par. 37.

²¹ Nous soulignons.

²² Cour de Justice, arrêt du 14 mars 2000, affaire C-54/99, *Association Eglise de scientologie de Paris et Scientology International Reserves Trust c. Premier ministre*, par. 17.

²³ Ni les textes, ni la jurisprudence, ni le doctrine ne font la distinction entre sécurité publique et sécurité nationale dans le contexte de la réglementation des investissements étrangers.

1) lorsqu'une entreprise étrangère acquiert la maîtrise d'infrastructures ou d'industries stratégiques cruciales (infrastructures de transport, industries de la recherche de la fabrication de produits de première nécessité...), de sorte d'affecter l'indépendance de l'Etat hôte; 2) lorsque, par le biais d'un investissement, une entreprise étrangère procède à des transferts de technologies qui nuisent aux intérêts nationaux de l'Etat hôte; 3) lorsque l'investissement constitue le support d'une opération d'infiltration ou de surveillance d'informations nationales sensibles, menaçant ainsi la défense de l'Etat d'accueil.²⁴

De manière générale, une tendance significative au renforcement des législations nationales relatives au contrôle des investissements étrangers, au motif de la protection de la sécurité nationale, s'observe ces dernières années.²⁵ De nombreux Etats ont notamment réagi aux initiatives offensives de rachat d'actifs stratégiques dans le secteur des infrastructures de transport ou dans celui des industries sensibles ou centrales pour l'économie nationale, par des investisseurs asiatiques, et plus particulièrement par des entreprises chinoises, ou par des fonds souverains, qui sont particulièrement actifs ces dernières années.²⁶ Le champ des secteurs qualifiés de sensibles ou stratégiques, en lien avec la sécurité nationale, a pu être étendu, comme la catégorie des opérations d'investissement pouvant tomber sous le coup des mécanismes de contrôle nationaux.²⁷ Pour ne citer qu'un exemple, celui de la législation française illustre parfaitement cette tendance. En vertu du Code monétaire et financier, les investissements étrangers dans "les activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale" sont soumis à une autorisation préalable du ministre chargé de l'économie.²⁸ La liste de ces activités a été à plusieurs reprises étendue face aux appétences toujours plus grandes de certains géants étrangers dans des domaines caractéristiques du patrimoine économique national.²⁹ La dernière modification en date de ce régime est intervenue en décembre 2019 avec, notamment,

²⁴ C. ESPLUGUES MOTA, *A More Targeted Approach to Foreign Direct Investment: the Establishment of Screening Systems on National Security Grounds*, in *Revista de Direito Internacional*, 2018, p. 445.

²⁵ CNUCED, *World Investment Report 2018, Investment and New Industrial Policies, Chapitre III, Recent Policy Developments and Key Issues*, p. 79 et seq., unctad.org.

²⁶ Voy. S. ROBERT-CUENDET, *Transports terrestres et maritimes et droit international économique*, in S. EL BOUDOUHI (dir.), *Les transports au prisme du droit international public*, Paris: Pedone, 2019, p. 94-96; J. JACOBS, *Tiptoeing the Line Between National Security and Protectionism: A Comparative Approach to Foreign Direct Investment Screening in the United States and European Union*, in *International Journal of Legal Information*, 2019, p. 105-108.

²⁷ CNUCED, *The Protection of National Security*, cit.; OCDE, *Protection of 'Critical Infrastructure' and the Role of Investment Policies Relating to National Security*, mai 2008, www.oecd.org.

²⁸ Art. L 151-3 du Code monétaire et financier qui vise également "les activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives".

²⁹ Ainsi du décret du 30 décembre 2005 présenté comme un "décret anti-OPA" car adopté en réaction à des projets de rapprochement entre des grandes entreprises locales et des entreprises étrangères. Ainsi également du décret du 14 mai 2014 ("décret Montebourg") caractéristique du retour du "patriotisme économique à la française".

la reconnaissance de pouvoirs étendus au gouvernement et l'abaissement du seuil du contrôle de prise de participation de 33% à 25%.³⁰

L'adoption, par l'UE, d'un cadre pour le filtrage des IDE s'inscrit dans cette tendance.³¹ Comme on l'a déjà souligné, ce cadre, mis en place par le règlement 2019/452, vient se juxtaposer aux mécanismes de filtrage nationaux. Il ne s'y substitue pas. Il vise à coordonner les politiques d'investissement des Etats membres là où l'UE n'a pas encore entrepris l'élaboration d'une véritable politique commune d'investissement et alors même que l'article 207 TFUE lui en donne la compétence exclusive.

Le cadre repose ainsi sur le principe selon lequel c'est aux Etats membres, et à eux seuls, de procéder au filtrage des investissements³², *dans la mesure où il s'agit de protéger leur ordre public et leur sécurité publique*. Le règlement fait ici une application stricte de l'article 4, par. 2, du TUE³³ selon lequel "[l'Union] respecte les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque Etat".

Autrement dit, avec le règlement 2019/452, le législateur européen exerce la compétence exclusive de l'UE dans le domaine de l'IDE pour la "rendre" aussitôt aux Etats membres. En effet, seuls ces derniers peuvent suspendre, bloquer ou conditionner un IDE. La Commission européenne ne dispose, ici, d'aucun pouvoir décisionnel.³⁴

³⁰ Décret n° 2019-1590 du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France, JORF n°0001 du 1 janvier 2020, texte n° 35.

³¹ Voy. le discours de l'Union du président de la Commission européenne Jean-Claude Juncker, qui annonce la création du screening mechanism européen : "nous ne sommes pas des partisans naïfs du libre-échange. L'Europe doit toujours défendre ses intérêts stratégiques. C'est la raison pour laquelle nous proposons aujourd'hui un nouveau cadre de l'Union européenne sur l'examen des investissements – "investment screening" – en anglais. Si une entreprise publique étrangère veut acquérir un port européen stratégique, une partie de notre infrastructure énergétique ou une de nos sociétés dans le domaine des technologies de défense, cela ne peut se faire que dans la transparence, à travers un examen approfondi et un débat. Il est de notre responsabilité politique de savoir ce qui se passe chez nous afin d'être en mesure, si besoin en était, de protéger notre sécurité collective". Discours sur l'état de l'Union 2017, europa.eu.

³² Le considérant 8 du préambule du règlement 2019/452, cit., rappelle que "[l]a décision de mettre en place un mécanisme de filtrage ou de filtrer un investissement direct étranger donné continue de relever de la responsabilité exclusive de l'Etat membre concerné". Voy. aussi l'art. 1, par. 3: "Aucune disposition du présent règlement ne restreint le droit de chaque Etat membre de décider de filtrer ou non un investissement direct étranger donné dans le cadre du présent règlement" et l'art. 3, par. 1: "[l]es Etats membres peuvent maintenir, modifier ou adopter des mécanismes visant à filtrer les investissements directs étrangers sur leur territoire pour des motifs de sécurité ou d'ordre public".

³³ Auquel renvoie le considérant 7 du préambule du règlement 2019/452, cit.

³⁴ Dans la proposition initiale de la Commission, il était en réalité question que celle-ci puisse disposer d'un pouvoir de contrôle des investissements autonome par rapport à celui des Etats membres. Elle aurait pu, ainsi, procéder elle-même au filtrage de certains investissements qu'elle aurait considérés comme présentant un "intérêt pour l'Union, pour des motifs de sécurité ou d'ordre public". Communication COM(2017)487 final du 13 septembre 2017 de la Commission, Proposition de règlement du Parle-

Cette dernière n'est toutefois pas en marge de ce dispositif. Il convient d'abord de rappeler qu'elle peut exercer un contrôle de la compatibilité des mécanismes de filtrage des IDE nationaux avec le droit de l'UE pour s'assurer, en particulier, que les Etats ne font pas un usage disproportionné du droit qui leur est reconnu d'adopter des restrictions à la libre circulation des capitaux dans le but de protéger leur sécurité et leur ordre public³⁵. Par ailleurs, le règlement 2019/452 reconnaît à la Commission la possibilité d'émettre des avis, à l'adresse de l'Etat, lorsqu'elle estime qu'un investissement prévu ou réalisé "est susceptible de porter atteinte à la sécurité ou à l'ordre public de plus d'un Etat membre ou [lorsqu'] elle dispose d'informations pertinentes concernant cet investissement direct étranger". Cet avis peut être émis aussi bien au sujet d'investissements qui font l'objet d'une procédure de filtrage qu'au sujet d'investissements ne faisant pas l'objet d'une telle procédure.³⁶ Les Etats ne sont nullement tenus de suivre cet avis. En revanche, ils sont tenus de coopérer de manière étroite avec la Commission et avec les autres Etats membres.

Le cadre européen pour le filtrage des IDE permet de rendre plus transparentes et cohérentes – dans un souci de sécurité juridique – les conditions d'admission auxquelles peuvent être soumis les IDE. Les Etats membres restent parfaitement maîtres de la définition des modalités et du champ de leur dispositif de filtrage, pour autant qu'ils restent dans la limite de ce que permet la protection de l'ordre public et de la sécurité publique. Mais pour les guider, le règlement 2019/452 dresse une liste, non exhaustive, des facteurs qui peuvent être pris en considération au moment d'apprécier les investissements soumis au filtrage.³⁷ Parmi ces facteurs, le règlement mentionne le fait que l'investissement touche "les infrastructures critiques, qu'elles soient physiques ou virtuelles, y compris les infrastructures concernant l'énergie, les transports, l'eau, la santé, les communications et les médias...", "les technologies critiques" et "l'approvisionnement en intrants essentiels". Le règlement précise encore que les critères permettant d'identifier les investissements devant faire l'objet d'une procédure de filtrage peuvent tenir aux caractéristiques de l'investisseur et, par exemple, au fait que celui-ci est "contrôlé directement ou indirectement par le gouvernement [...] d'un pays tiers".

ment européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne, art. 3, par. 2.

³⁵ La Commission a par exemple demandé à la France de modifier son décret du 30 décembre 2005, dit "décret anti-OPA", qui redéfinissait les secteurs d'activité pour lesquels les investissements étrangers devaient être soumis, pour des raisons liées à l'ordre public et à la sécurité publique, à une autorisation ministérielle. La Commission estimait que ces secteurs étaient définis de manière trop large et que cela pourrait dissuader les investisseurs étrangers. Voy. A. LIENHARD, *La Commission européenne demande à la France de modifier son "décret anti-OPA"*, in *Dalloz Actualité*, 5 novembre 2006.

³⁶ Règlement 2019/452, cit., art. 6, par. 3, et art. 7, par. 2.

³⁷ *Ibid.*, art. 4.

III.3. LA COMMUNICATION DU 25 MARS 2020 POUR MOBILISER LES MÉCANISMES NATIONAUX DE FILTRAGE DES IDE COMME MOYEN DE PROTÉGER LES INTÉRÊTS DE SÉCURITÉ DE L'UE

La communication adoptée par la Commission le 25 mars 2020 ne modifie pas expressément la portée du cadre posé par le règlement 2019/452. La Commission se contente, dans le corps de la communication, d'inviter les Etats membres à mobiliser les mécanismes de filtrage existants ou à mettre en place de tels mécanismes dans le but de renforcer la capacité européenne à répondre aux crises sanitaires du type de celle de la COVID-19. Et en annexe des orientations, la Commission insiste sur le fait que la protection de la sécurité sanitaire dans l'UE peut être menacée par l'acquisition ou la prise de contrôle d'une entreprise, d'une infrastructure ou d'une technologie donnée et que cela justifie que des restrictions soient mises en place à la libre circulation des capitaux et des investissements étrangers. Toujours en annexe de ces orientations, la Commission précise encore la manière dont les mécanismes de filtrage nationaux peuvent opérer: il ne s'agit pas nécessairement d'interdire, purement et simplement, les IDE qui présenteraient un risque pour la sécurité; il peut aussi s'agir d'imposer à l'investisseur des mesures d'atténuation, comme par exemple, nous dit la Commission, l'imposition de conditions pour garantir la fourniture de produits et dispositifs médicaux, dans le but de satisfaire les besoins à l'échelle nationale et/ou à l'échelle européenne.³⁸

Mais, soumises à un second degré de lecture, ces orientations laissent aussi penser que la Commission européenne "reprend" une certaine portion de la compétence en matière d'IDE qui avait jusqu'alors été laissée aux Etats. De manière assez remarquable en effet, toujours en annexe des orientations, la Commission souligne que s'agissant des IDE qui sont susceptibles d'affecter des projets ou des programmes présentant un intérêt pour l'Union, "les Etats membres *doivent* tenir le plus grand compte de l'avis de celle-ci".³⁹ L'utilisation de la forme prescriptive ne change rien au fait que les Etats ne sont pas tenus par les avis de la Commission et qu'ils conservent toute latitude dans la mise en œuvre de leur procédure de filtrage. Mais il est clair que la Commission entend signifier ici que face à de telles opérations, l'Etat concerné ne pourra décider du sort de l'investissement qu'en tenant dûment compte, non pas seulement de ses intérêts nationaux mais également de ceux de l'Union.⁴⁰ De manière non moins notable, dans un paragraphe de l'annexe intitulé "A quoi peuvent s'attendre aujourd'hui les investisseurs

³⁸ Point 2 de l'annexe au règlement 2019/452, cit., "Quel est le rôle d'un filtrage des IDE dans une situation d'urgence de santé publique?". La Commission précise: "L'intérêt de l'Union peut exiger que de tels engagements d'approvisionnement aillent au-delà des besoins prévus dans l'Etat membre d'accueil".

³⁹ Nous soulignons.

⁴⁰ L'annexe des orientations précise que parmi les IDE qui feront l'objet d'une attention particulière de la part de la Commission se trouvent les IDE dans les entreprises de l'UE ayant bénéficié d'un financement au titre du programme de recherche et d'innovation de l'UE "Horizon 2020", y compris les projets à venir en réponse à l'épidémie de COVID-19.

en ce qui concerne le filtrage des investissements ?", la Commission insiste sur le fait qu'en dépit d'une économie très ouverte aux capitaux étrangers, l'Union garde la maîtrise de ses industries face aux investisseurs étrangers. Ainsi est-il rappelé que le règlement 2019/452 autorise les Etats membres et la Commission à formuler des observations au sujet des investissements directs étrangers quinze mois après la réalisation de l'opération.⁴¹ Cela autorise ainsi l'imposition de mesures d'atténuation à un investissement pourtant initialement autorisé en l'état par l'Etat hôte. Très prosaïquement, la Commission précise ainsi qu' "un investissement étranger réalisé [en mars 2020] pourrait faire l'objet d'observations ex post de la part des Etats membres ou d'un avis de la Commission à compter du 11 octobre 2020 (date de la pleine application du règlement [2019/452]) et jusqu'en juin 2021 (15 mois après la réalisation de l'investissement)".⁴² Cette précision, en forme d'avertissement à l'adresse des investisseurs étrangers dont les appétences iraient à l'encontre des intérêts et de la sécurité de l'Union, laisse penser que la Commission souhaite ici affermir son rôle dans le domaine des IDE.

IV. PERSPECTIVES: D'UN EXERCICE DE COMMUNICATION À UNE PREMIÈRE CONCEPTUALISATION DE LA POLITIQUE COMMUNE D'INVESTISSEMENT PAR LA COMMISSION EUROPÉENNE

La communication du 25 mars 2020 est porteuse de plusieurs messages de la part de la Commission européenne.

Premièrement, dans la lignée de la communication du 13 mars 2020 portant *Réaction économique coordonnée à la flambée de COVID-19*,⁴³ les orientations relatives au filtrage des IDE permettent à la Commission de rappeler que le droit de l'Union est suffisamment bien équipé pour faire face à une urgence sanitaire et économique aussi grave que celle à laquelle nous faisons face actuellement. L'adoption de ces communications est d'abord et avant tout, pour la Commission, un exercice de ... communica-

⁴¹ Art. 7, par. 8, du règlement 2019/452, cit.: "Les Etats membres peuvent formuler des commentaires en vertu du paragraphe 1 et la Commission peut émettre un avis en vertu du paragraphe 2 au plus tard quinze mois après que l'investissement direct étranger a été réalisé".

⁴² Du point de vue du droit des investissements, on peut se demander dans quelle mesure l'imposition, a posteriori, de telles mesures d'atténuation à l'investisseur ne pourrait pas contrarier son droit à un traitement juste et équitable. De la même manière, on peut encore se demander si l'imposition de ces mesures d'atténuation ne pourrait pas aller à l'encontre de l'interdiction des prescriptions de résultat que l'on trouve posée dans la quasi-totalité des traités d'investissement. Autrement dit, le dispositif mis en place par le règlement 2019/452 interroge du point de vue de sa compatibilité avec le droit international des investissements. Voy. en ce sens G. ROJAS ELGUETA, B. MAURO, *The Paradoxical Relationship between "Foreign Direct Investment Screening" and International Investment Law: What Role for Investor-State Arbitration?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 30 avril 2020, arbitrationblog.kluwerarbitration.com.

⁴³ Communication COM(2020) 112 final du 13 mars 2020 de la Commission, *Réaction économique coordonnée à la flambée de COVID-19*.

tion. Il s'agit de donner le change aux nombreuses critiques dénonçant l'immobilisme et les carences de l'Union dans la gestion de la crise.

Deuxièmement, elle est un rappel à l'esprit de solidarité des Etats membres dans les réactions qu'il convient d'adopter face à la crise. Les réponses rapides de l'Espagne, de l'Italie et de la France qui ont renforcé leur mécanisme de filtrage pour mieux se protéger contre les acquisitions prédatrices dans les secteurs clés pour la sauvegarde de leur souveraineté sanitaire ont montré que dans le domaine des IDE comme dans celui des échanges commerciaux des biens de premières nécessité,⁴⁴ les réponses des Etats risquaient d'intervenir tous azimuts. Or, alors que du point de vue de l'Union, le marché commun constitue le socle de la solidarité européenne et de la résilience de l'économie des Etats membres, il était indispensable de rappeler ces derniers à une action coordonnée tenant compte des intérêts étatiques et des intérêts de l'Union. Autrement dit, pour la Commission, la crise de la COVID-19 permet de donner toute sa dimension à l'unité européenne : non seulement les solutions à la crise doivent être en priorité conçues et mises en œuvre au niveau européen ; mais en outre elles doivent être mobilisées pour protéger l'intérêt de l'Union qui, irréversiblement, subsume les intérêts nationaux, même lorsqu'il s'agit de questions de sécurité qui relèvent, en principe, de la responsabilité exclusive des Etats membres.

Troisièmement, et finalement, la communication du 25 mars préfigure la future politique européenne commune en matière d'investissement. Le règlement 2019/452, en dépit d'un apport en apparence très modeste,⁴⁵ pose déjà les premiers jalons de cette politique. En octroyant à la Commission européenne un pouvoir d'avis – même s'il n'est que consultatif – lorsqu'elle estime qu'un IDE est susceptible de porter atteinte à la sécurité ou à l'ordre public de plus d'un Etat membre, le règlement avance, sans le dire, l'idée qu'il existe aussi une "sécurité nationale européenne" dont la Commission est la gardienne. Avec les orientations du 25 mars 2020, cette dernière se saisit clairement de cette responsabilité.

Ces orientations sont un signal fort que la Commission sera, à l'avenir, un acteur central dans le secteur des investissements. D'une part, son rôle devient incontournable dans le filtrage – pour le moment décentralisé – des IDE en ce que son avis doit être tenu pour déterminant lorsque l'opération envisagée menace la sécurité de l'UE. Ici, le jeu de la subsidiarité s'inverse: dans le règlement 2019/452, l'intervention de la Commission vient en appui de l'examen par l'Etat hôte concerné par l'IDE, au nom de sa

⁴⁴ Voy. la condamnation à demi-mot, par la Commission européenne de l'adoption par plusieurs Etats membres de restrictions unilatérales à l'exportation du matériel médical. Note d'orientation 2020/C 91 1/02 du 20 mars 2020 de la Commission aux Etats membres relative au règlement d'exécution (UE) 2020/402 de la Commission soumettant l'exportation de certains produits à la présentation d'une autorisation d'exportation, tel que modifié par le règlement d'exécution (UE) 2020/426 de la Commission, par. 3, "Lien avec les mesures prises par les Etats membres".

⁴⁵ Voy. en ce sens A. HERVE, *Mise en place d'un mécanisme de filtrage des investissements : quand l'Union européenne montre ses dents... de lait*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2019, p. 749.

responsabilité exclusive dans la protection de sa sécurité; dans la communication du 25 mars, elle devient essentielle, au nom de la solidarité européenne et de la *sécurité dans/de l'UE*. D'autre part, la Commission met en exergue le fait que les intérêts essentiels de sécurité de l'UE peuvent primer l'objectif de libre-échange et que les IDE réalisés sur le territoire des Etats membres ne sont ni libres,⁴⁶ ni affranchis de la nécessité de pourvoir d'abord et avant tout aux besoins des citoyens européens.

S'il ne fait aucun doute que la sécurité sanitaire – et la suffisance des économies nationales pour pourvoir à cette sécurité – entre dans la notion très large de sécurité publique, c'est en réalité au prix d'une extension constante, de longue date, de la notion de sécurité nationale⁴⁷. Certains commentateurs n'ont pas manqué de relever que la prise de position de la Commission européenne dans cette communication du 25 mars lui permettait de mettre en place les jalons d'une politique d'investissement comparable à celle des Etats-Unis qui, à travers le contrôle opéré par le *Committee on Foreign Investment in the United States* (CFIUS), font une application très large de la notion de sécurité nationale.⁴⁸ D'autres y voient le signe que l'UE serait gagnée par le "souverainisme économique" auquel ont succombé, ces dernières années, de nombreux Etats pourtant jusqu'alors relativement ouverts aux investissements étrangers.⁴⁹ D'ailleurs, pré-COVID, le règlement 2019/452 avait déjà pu être analysé par certains comme l'adoption par l'Union d'une posture protectionniste et nationaliste.⁵⁰

⁴⁶ S. Schill parle ici du "paradoxe" du filtrage des IDE en Europe: selon lui, l'UE serait en position désavantageuse dans les négociations commerciales, en raison de son haut degré d'ouverture aux IDE. L'adoption du règlement 2019/452 permet de signifier à ses partenaires économiques que la liberté d'investissement n'est pas acquise et que l'UE peut également être en position d'offrir à certains Etats, dans le cadre de relations conventionnelles privilégiées, des conditions d'accueil des investisseurs plus avantageuses. S. SCHILL, *The European Union's Foreign Direct Investment Screening Paradox: Tightening Inward Investment Control to Further External Investment Liberalization*, in *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper n° 17, 2019*, papers.ssrn.com.

⁴⁷ La CNUCED constate que si à l'origine, la notion de sécurité nationale, qui est apparue dans le contexte de la guerre froide, vise à empêcher les investissements provenant d'Etats ennemis, aujourd'hui elle est beaucoup plus large et englobe notamment la sécurité économique des Etats. CNUCED, *The Protection of National Security*, cit., p. 26.

⁴⁸ Dechert LLP, *COVID-19 and EU FDI: Towards a European CFIUS*, 2 avril 2020, www.jdsupra.com; JDSupra, *COVID-19 Affects European Foreign Direct Investment Reviews: New EU Guidance Potentially Heralds Increased Protectionism*, 22 avril 2020, www.jdsupra.com. Pour une analyse comparative du mécanisme de filtrage américain, récemment amendé par le Financial Risk Review Modernization Act de 2018 et le règlement 2019/452, voy. J. JACOBS, *Tiptoeing the Line Between National Security and Protectionism*, cit., p. 105-117.

⁴⁹ P. JAÏS, *Investissements directs étrangers: la renaissance du souverainisme*, in *Le Club des Juristes, Blog du Coronavirus*, 4 mai 2020, www.leclubdesjuristes.com.

⁵⁰ P.M. GADOCHA, *Assessing the EU Framework Regulation for the Screening of Foreign Direct Investment – What Is the Effect on Chinese Investors?*, in *The Chinese Journal of Global Governance*, 2020, p. 38.

Sans s'engager sur le terrain, hasardeux, de l'analyse des conséquences de l'épidémie de COVID-19 sur la mondialisation,⁵¹ il faut toutefois reconnaître que cette crise agit à la manière d'un électrochoc qui révèle toutes les faiblesses de l'architecture des relations économiques internationales. Or, l'un des enjeux majeurs de la restructuration de cette architecture – dont la nécessité est loin d'être une certitude nouvelle qui serait apparue avec la crise sanitaire actuelle – sera de permettre aux Etats de recouvrir un seuil minimal – sécuritaire – d'indépendance économique. Cet enjeu vient s'ajouter aux nombreux autres qui occupent déjà les réflexions sur la réforme du droit des investissements et du droit du commerce international. On pense ici en particulier aux enjeux liés au développement durable, qui sont au cœur du *Green Deal* européen dévoilé par la Commission en décembre 2019⁵² et dont beaucoup regrettent déjà qu'il ait été édulcoré par la survenance de la crise sanitaire⁵³. Et pourtant, chacune des crises – climatique et sanitaire, dont on sait qu'elles ne sont pas étrangères l'une par rapport à l'autre – révèle la nécessité de mettre en place des modèles économiques plus sobres, des chaînes d'approvisionnement de proximité ou encore des modèles de production plus qualitatifs que quantitatifs. En adoptant les orientations relatives aux IDE dans le contexte de la COVID-19, la Commission européenne "prend la main", même si ce n'est que de manière sous-jacente pour le moment, sur la définition d'une politique commune d'investissement qui reste à définir et qui devrait être au cœur du *Green Deal*. Il reste à voir si ses initiatives futures dans ce domaine serviront effectivement la sécurité de l'Union, tant du point de vue sanitaire que du point de vue environnemental.

⁵¹ A. ROBERTS, N. LAMP, *Is the Virus Killing Globalization? There's No One Answer?*, in *Barrons.com*, 15 mars 2020, www.barrons.com.

⁵² Communication COM(2019) 640 final du 11 décembre 2019 de la Commission, *Le pacte vert pour l'Europe*.

⁵³ Voy. par exemple J. DELPLA, *Pourquoi COVID-19 a tué le Green Deal*, in *Les Echos*, 7 mai 2020, www.lesechos.fr.

