

L'UNION EUROPÉENNE : TERRAIN D'AFFRONTEMENT ET COORDINATION DES DISPOSITIFS DE FILTRAGE

*Interview de Paul Lignières, Docteur en droit,
Vice-Recteur de l'Institut Catholique de Paris,
avocat honoraire*



L'esprit grand ouvert sur le monde

*Numéro spécial conçu, préparé et réalisé par Marina Guérassimova et
les Professeurs David Chekroun, Gilles Pillet (ESCP Business School)*

*Interview réalisée avec le concours de Sarah Louifi,
et de Kassio Akel da Silva,
étudiants du Mastère spécialisé Droit et Management International
à ESCP Business School*

©Marie Constantinesco



Deux ans à peine après la mise en place du dispositif européen, quelle analyse faites-vous de la philosophie du dispositif ? A-t-il rempli son objectif ?

Paul Lignières : Avant d'en faire un premier bilan, je veux rappeler que l'Union européenne a radicalement changé d'approche au sujet des investissements étrangers. Auparavant, la Commission européenne s'était toujours opposée aux contrôles nationaux des investissements étrangers. C'est la raison pour laquelle la France avait été condamnée par ce qui était alors la CJCE (aujourd'hui CJUE), en 2000, pour avoir soumis l'Eglise de scientologie à une autorisation préalable des investissements étrangers. Et, lorsqu'en 2006, le Premier ministre français avait annoncé lors de la fusion entre GDF et Suez, que l'Etat aurait recours au mécanisme des *golden shares* pour conserver des actifs stratégiques, la Commission européenne avait fait savoir qu'elle y était défavorable. Elle considérait que ce mécanisme n'était pas compatible avec le droit de l'Union européenne et que les *golden shares* n'avaient pas leur place dans le marché commun. Or, cet instrument peut être euro-compatible, et la Commission l'a admis plus tard.

Les lignes ont commencé à bouger avec une série d'initiatives nationales (une dizaine d'Etats), opportunistes et non organisées. En France ce fut en particulier le décret Montebourg lors de la prise de contrôle par GE en 2014 de la branche énergie de Alstom. Au moment de son adoption, ce décret a été présenté par l'immense majorité de la doctrine juridique comme une pure hérésie au regard du droit de l'Union européenne. Il est donc particulièrement remarquable qu'aujourd'hui, ce dispositif soit non seulement accepté mais également promu par la Commission qui l'a pris pour modèle et qu'il soit accepté par la quasi-totalité des juristes.

En prenant ce virage, l'Union européenne avait trois objectifs : (1) donner un cadre et une cohérence à toutes les réglementations nationales ; (2) inciter les Etats membres à réagir face aux comportements prédateurs de certains pays en matière investissements dans des secteurs stratégiques, et (3) imposer une réciprocité en songeant notamment à la Chine, dont le marché n'est pas réellement ouvert.

Le premier objectif est un succès car les initiatives nationales trouvent maintenant une cohérence.

Le second objectif a également été atteint. L'incitation recherchée a produit ses effets. Les Etats membres sont de plus en plus nombreux à se doter d'un mécanisme de contrôle, même s'il faut toujours faire attention à ceux qui demeurent trop faiblement protégés car ils peuvent laisser entrer dans le marché européen des investisseurs étrangers.

En revanche, le troisième objectif n'est pas atteint. La réciprocité a été oubliée dans la réponse de l'Union, et elle reste un sujet totalement tabou au niveau européen. En France, la question reste en suspens. Le sujet avait été abordé lors des débats parlementaires relatifs à la loi Pacte à l'origine, mais s'est heurté au refus du gouvernement au nom des « engagements internationaux » de la France. Le débat a été ouvert entre la Chine et l'UE, dans le cadre du traité. Des progrès ont été faits dans le domaine des transactions commerciales internationales, mais rien n'a été obtenu s'agissant des marchés publics. Enfin, si le mécanisme de réciprocité avait été introduit en matière d'investissements étrangers, la France aurait pu réserver à certains investisseurs étrangers le même traitement parfois hostile que l'on réserve aux acteurs français dans des pays étrangers. Concrètement cela aurait pu conduire à un refus des investissements en l'absence de réciprocité. Sur ce sujet, il demeure un véritable fossé entre les déclarations politiques et les actes qui hélas illustre parfaitement certains reproches qui sont fait à l'Union européenne, technocratique, non transparente et trop éloignée des besoins des populations.

L'Union européenne a-t-elle déjà trouvé un équilibre satisfaisant entre le respect des souverainetés et la protection nécessaire ?

Paul Lignières : La réponse est oui sans hésitation. A ce niveau, le travail fait par le Commission européenne est exemplaire. Elle a trouvé un équilibre dans son règlement (Règlement (UE) 2019/452), son approche a été très mesurée et très intelligente. La Commission a été exemplaire sur la façon dont s'est fait la réglementation européenne. Elle avait auparavant évoqué le fait que les nombreuses initiatives des Etats n'étaient pas toujours les meilleures, conduisaient à des résultats souvent éparés et qu'ils risquaient de déraiper, d'aller trop loin. Elle a donc préféré intervenir et poser un cadre, avec le consentement de tous les Etats membres. C'est un exemple éclatant d'une approche « bottom/up » réussie, bien mieux accueillie que les initiatives qui consistent à remettre en cause les législations nationales.

Cette méthode pourrait inspirer une réforme du droit de la concurrence de l'UE. On sait qu'actuellement ce droit ne prend pas suffisamment en compte la question de la

souveraineté industrielle des Etats. Il est possible qu'à l'avenir l'Union européenne suive le même raisonnement qu'en matière de contrôle des investissements, c'est-à-dire que devant le foisonnement important de normes étatiques une réforme dans le sens d'une harmonisation soit conduite. Dans cette hypothèse, la réforme et la construction du droit européen des investissements étrangers représenterait une forme de « best practice » pour les autres domaines.

Pour revenir aux investissements étrangers, dans quelle mesure la compétence propre de la Commission s'articule-t-elle harmonieusement avec les compétences nationales ?

Paul Lignières : La Commission a exercé une compétence de coordination des initiatives des Etats membres. C'est un mécanisme assez peu contraignant, en ce sens que les Etats membres doivent tenir compte des questions posées par la Commission, mais qu'ils demeurent souverains. Ils gardent leur pouvoir décisionnel. En ce sens, il n'y a pas d'atteinte à la souveraineté étatique. La Commission n'intervient que pour réguler les échanges entre les Etats et favoriser la coordination de leurs actions.

Le droit français des investissements étrangers est-il protecteur des investisseurs ? Est-il euro-compatible ?

Paul Lignières : Il faut garder à l'esprit que le mécanisme comprend une part irréductible de régalien, une dimension non juridique.

Le régalien est toujours présent pour plusieurs raisons. Premièrement, l'Etat, dans certains dossiers, va toujours tenter de retarder le déclenchement des délais. Cette méthode est habituelle s'agissant de la complétude du dossier (en présence d'un dossier incomplet, le délai ne court pas). Deuxièmement, si vous demandez à l'Etat de respecter le délai, il lui reste la possibilité de vous octroyer une autorisation avec des conditions et ces conditions peuvent nécessiter une négociation. L'Etat va alors expliquer que le délai n'est pas respecté de votre fait ! Finalement, nous sommes sur des raisons régaliennes que la raison juridique ignore. Dans cette configuration, il existe toujours un déséquilibre entre la personne privée et la personne publique : une inégalité structurelle inévitable.

Pensez-vous qu'il y ait également un enjeu politique prépondérant qui influencerait sans le dire clairement le traitement de certaines transactions, à l'instar par exemple du rachat de Carrefour par Couche Tard en France ?

Paul Lignières : On ne peut pas écarter une instrumentalisation du contrôle des investissements étrangers. Il est assez naturel d'utiliser le contrôle IEF comme défense à une OPA hostile, à l'instar en effet de ce qu'a fait

Carrefour. Ayant moi-même utilisé le contrôle des investissements et les arguments qui s’y attachent, je constate que certaines idées qui paraissaient hors normes il y a quelques années deviennent acceptables aujourd’hui. Les sensibilités politiques ont changé et avec elles l’orientation du contrôle.

L’intuition du politique, comptable auprès de la population, peut peser plus lourd qu’une approche purement intellectuelle et technique à Bruxelles. On sait maintenant que tout investissement étranger n’est pas nécessairement bon. Les ressources financières ne sont pas si rares. Il est donc légitime de se méfier et parfois même, il le faut.

Au-delà des secteurs très règlementés, les investisseurs ont toutefois une bonne image de la France. Nous sommes considérés comme un Etat très ouvert. On peut davantage se poser la question dans les secteurs sensibles (sécurité ou santé par exemple). En droit français, il y a des règles qui peuvent être inspirées par le corporatisme ou le protectionnisme. De même, dans le secteur des infrastructures, de l’énergie, certains investisseurs peuvent à raison penser que les questions de tarification sont essentielles sur leur retour sur investissement. Et d’une façon ou d’une autre, c’est l’État qui a la responsabilité finale de la tarification en France et jamais ou presque l’autorité de régulation. L’encadrement juridictionnel des décisions de l’Etat n’est pas perçu comme une garantie suffisante. En effet, les investisseurs ont tendance à ne pas faire confiance au Conseil d’État qui est perçu comme le juge de l’Etat. L’État français garde la main sur des décisions stratégiques dans les secteurs règlementés, ce qui induit mécaniquement un manque de sécurité juridique. Là encore, il y a du régalién et le droit n’est pas absolu.

Mais il est vrai, par ailleurs, que si la rationalité de la décision relève trop visiblement de la petite politique cela est dangereux et pourrait entraîner un risque de perte de réputation. La parole de l’État ne peut pas être galvaudée sous peine de subir une perte de confiance qui serait immédiatement répercutée sur le coût de la dette publique.

En dépit du climat politique et de son influence, la réglementation européenne sur les investissements est considérée comme très aboutie. Les investisseurs ne sont pas particulièrement inquiets quant à ce sujet. Les étrangers ne comprennent pas pourquoi nous étions si laxistes en matière de contrôle des investissements. Un mécanisme de contrôle relativement peu coûteux, assis sur une documentation limitée, est plus rassurant pour l’investisseur que le silence.

L’échange d’informations entre États membres qui est recommandé par le dispositif européen peut-il être détourné par certains d’entre eux (être moins exigeant pour se situer stratégiquement par rapport aux autres États) ?

Paul Lignières : En pratique le dispositif est assez peu contraignant pour les Etats et il y aura peu ou pas de sanctions qui seront rendues sur ce fondement. L’idée qu’un Etat ne remplisse pas parfaitement son devoir d’échange des informations peut finalement relever de l’exercice de son autonomie et sa volonté régaliénne. En ce sens, il serait incorrect d’affirmer que les Etats détournent le dispositif européen d’échange d’informations.

Il est possible également de considérer que finalement si les Etats ne retrouvent pas nécessairement toutes les informations qu’ils souhaiteraient, c’est qu’en partie ces informations omises sont confidentielles. L’esprit du règlement est d’abord de favoriser l’échange entre les Etats membres et ensuite d’aider au contrôle des investissements hostiles. Du point de vue de l’Etat, cette protection peut aussi parfois être faite par ses propres moyens.

Encore une fois, pour autant, cette logique a ses limites. L’argument de la souveraineté de l’Etat et de sa puissance régaliénne en vue de maintenir secret certaines informations ne peut pas être invoqué indéfiniment. Cette justification permettant à l’Etat de s’exempter de son devoir trouve sa faiblesse dans la perte de crédit qu’il encourrait, s’il l’invoquait trop souvent.

En outre, en France par exemple, la logique régaliénne peut trouver des limites dans le fait que Bercy et le ministère de tutelle concerné ont une vision opposée des enjeux. Bercy peut souhaiter accueillir un investisseur étranger qu’un autre ministère préfère écarter pour préserver une forme de souveraineté.

Cela permet par ailleurs de comprendre qu’il est indispensable de centraliser le contrôle auprès de la direction générale du Trésor pour éviter que l’éparpillement des centres de décision ne favorise l’influence des « visiteurs du soir ».

Le principe de non-discrimination entre investisseurs étrangers est-il en pratique parfaitement suivi ?

Paul Lignières : Cette question est liée à celle de la réciprocité.

En l’absence d’existence du principe de réciprocité dans les relations avec certains Etats, l’Etat Français peut occasionnellement avoir intérêt d’exercer un traitement différencié selon le profil des investisseurs.

A cet égard, le droit européen a dessaisi les Etats de leur pouvoir régaliens sans leur donner les moyens nécessaires pour se défendre contre certains investissements. Pour pallier cette absence, les Etats membres sont tenus d'interpréter les règles avec plus de souplesse pour retrouver leur pouvoir régaliens.

La différence de traitement que l'on observe entre les Etats appelle une véritable vigilance. Il convient de souligner que les actions en réponse des Etats doivent être légalement « compliants » et « euro compatibles », tout en étant pragmatique. Toutefois, de toute évidence, il serait préférable que les mécanismes de défense mis en place par l'Etat prennent la forme de décisions publiées et visibles pour tous que par des moyens moins transparents faisant intervenir des représentants d'intérêts et autres acteurs.

Comment se place le dispositif européen par rapport à celui des Etats-Unis ?

Paul Lignières : La procédure de contrôle française et européenne est beaucoup plus simple qu'aux Etats-Unis. Les usages sont également différents. Il est habituel aux Etats-Unis de devoir préparer un dossier très important avec un expert de la procédure des investisseurs étrangers, tandis qu'en France, les dossiers sont très simples et les experts pas toujours nécessaires. L'Europe reste donc très accueillante pour les investisseurs américains.

Enfin, il faut noter qu'en pratique aux Etats-Unis, il est vrai que la présence de lobbyistes est assez récurrente dans la préparation d'un dossier. En France, cette pratique est plus atténuée. Leurs interventions pourraient avoir une réelle plus-value dès lors qu'il s'agirait de guider l'investisseur, de faire l'interface avec l'administration et informer sur ce qui pourrait, au vu de son expérience, être acceptable et accepté par l'Etat.

Dans quelle mesure le renforcement du contrôle des IDE est-il nécessaire en temps de crise ?

Paul Lignières : Ma conclusion sur la place du contrôle des investissements étrangers en période de Crise est double.

D'une part, la crise fait surgir l'essentiel ; elle joue un rôle de révélateur. On découvre de nouveaux secteurs sensibles que l'on ne soupçonnait pas auparavant. Certaines activités, produits ou services deviennent essentiels pour per-

mettre la continuité de la vie économique et sociale. Déjà, il y a trois ans, il me semblait indispensable de protéger des secteurs comme l'agroalimentaire ou certains éléments du secteur immobilier compte tenu de ce qu'ils représentent pour l'économie française. Peut-être serait-il pertinent de protéger de nouveaux secteurs comme l'éducation ? Le risque qu'il y a à attendre avant d'étendre la protection de l'Etat à ces secteurs est d'être contraint de le faire en réaction à des prises de contrôle majeures.

D'autre part, la crise a nécessairement pour effet de transformer certaines activités en proies faciles. Pour les investisseurs étrangers, les sociétés affaiblies par la conjoncture créent un effet d'aubaine contre lequel il est naturel de se protéger. La Commission européenne elle-même conçoit parfaitement cette idée et tente d'ailleurs de favoriser les aides d'états dans de telles hypothèses.

Dans quelle mesure l'hétérogénéité des dispositifs nationaux représente-t-elle un risque pour la France ?

Paul Lignières : Je n'ai jamais vu d'investissement français bloqué au niveau intra-européen par ces mécanismes. Au niveau extra-européen, les mécanismes de contrôle des investissements ne représentent pas une barrière infranchissable mais ils peuvent être malgré tout un obstacle. Finalement, l'hétérogénéité des dispositifs au niveau européen n'est pas en soi une difficulté insurmontable, mais à l'extérieur, aux Etats-Unis ou dans d'autres pays non européens, l'investissement peut être plus délicat.

Quelles améliorations auriez-vous voulu suggérer pour le mécanisme européen ?

Paul Lignières : Les règles et recommandations mises en place au niveau européen sont très pertinentes mais également très évolutives car le marché et les pratiques changent. A mon sens, un renforcement du contrôle des dispositifs mis en place serait une véritable plus-value, en particulier par une extension du champ d'application à de nouveaux secteurs comme l'immobilier ou l'éducation. Il serait opportun qu'un organe soit chargé d'évaluer continuellement et régulièrement l'efficacité des dispositifs pour permettre de tenir compte des récentes évolutions de la pratique et des besoins des Etats membres. Peut-être même que ces dispositifs, dès lors qu'ils sont davantage liés aux périodes de crise, n'auraient vocation qu'à être temporaires.