

« IDE & dilemme européen »

En matière d'IDE, au tournant des années 2000, nombre d'Etats ont adopté des dispositifs juridiques pour contrôler l'accès des investissements étrangers dans des secteurs d'activités considérés comme « stratégiques ».

Ces politiques qui mettent en œuvre une préférence nationale sont interpellées par les stratégies des groupes incités à se « globaliser » & limitées par le cadre réglementaire libéral que l'Europe a construit.

Parallèlement, des acteurs incontournables tels les USA mais aussi les émergents affichent une politique de patriotisme économique et pratiquent des contrôles effectifs voire drastiques.

Un double dilemme se pose à l'Union Européenne :

- la nécessité d'attirer des capitaux étrangers et la nécessaire harmonisation des dispositifs nationaux pour créer un cadre plus attractif,
- mais également la capacité à préserver un contrôle sur les investissements dans certaines activités sensibles qu'on qualifiera de « stratégiques » .

Panorama rapide du contrôle des IDE

- 1. Définition et quelques éléments statistiques**
- 2. Exemples de législations sur les IDE**
 - * Pays tiers
 - * Etats Membres – situation France
- 3. Quel dispositif pour l'Union Européenne ?**

Définition

Selon l'OCDE :

L'IDE est une activité par laquelle un investisseur résidant dans un pays obtient un intérêt durable et une influence significative dans la gestion d'une entité résidant dans un autre pays.

Cette opération peut consister à créer une entreprise entièrement nouvelle (investissement de création) ou, plus généralement, à modifier le statut de propriété des entreprises existantes (par le biais de fusions et d'acquisitions).

Sont également définis comme des investissements directs étrangers, d'autres types de transactions financières entre des entreprises apparentées, notamment le réinvestissement des bénéfices de l'entreprise ayant obtenu l'IDE, ou d'autres transferts en capital.

Selon la législation française (article

L. 151-1-5° CMF) sont qualifiées d'IDE :

La création d'une entreprise nouvelle par une entreprise de droit étranger ou une personne physique non résidente ;

L'acquisition de tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise de droit français par une entreprise de droit étranger ou une personne physique non résidente ;

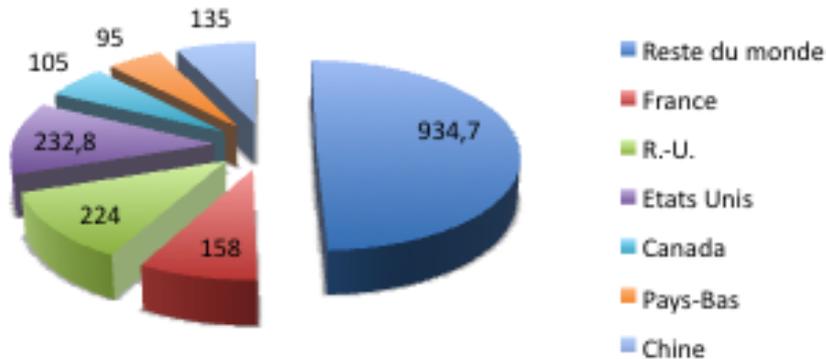
Toutes opérations effectuées dans le capital d'une entreprise de droit français par une entreprise de droit étranger ou une personne physique non résidente dès lors que, après l'opération, la somme cumulée du capital ou des droits de vote détenus excède 33,33 % du capital ou des droits de vote de l'entreprise française ;

Les mêmes opérations effectuées par une entreprise de droit français dont le capital ou les droits de vote sont détenus à plus de 33,33 % par une ou des entreprises de droit étranger ou une ou des personnes physiques non résidentes.

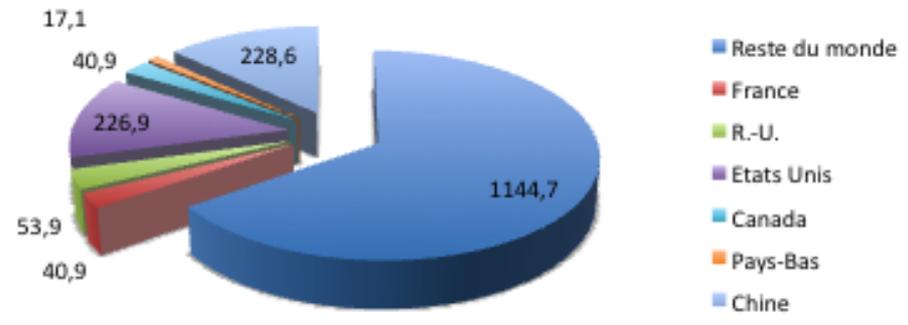
Eléments statistiques : les principaux bénéficiaires d'IDE

États

En 2007 (en milliards d'USD)



En 2011 (en milliards d'USD)



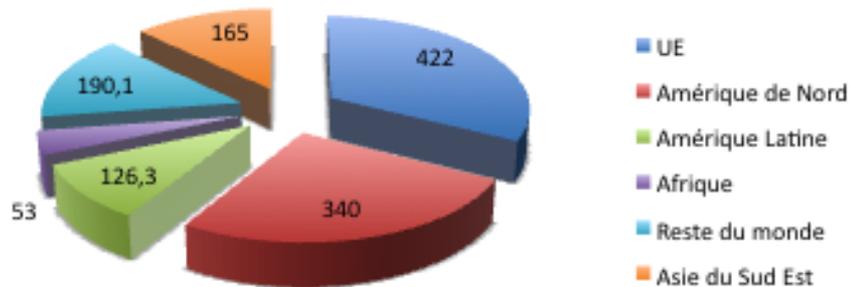
Source: CNUCED, World Investment Report 2008: Transnational Corporations and the Infrastructure

Source: CNUCED, World Investment Report 2012: Towards a new generation of investment policies

Eléments statistiques : les principaux bénéficiaires d'IDE (suite)

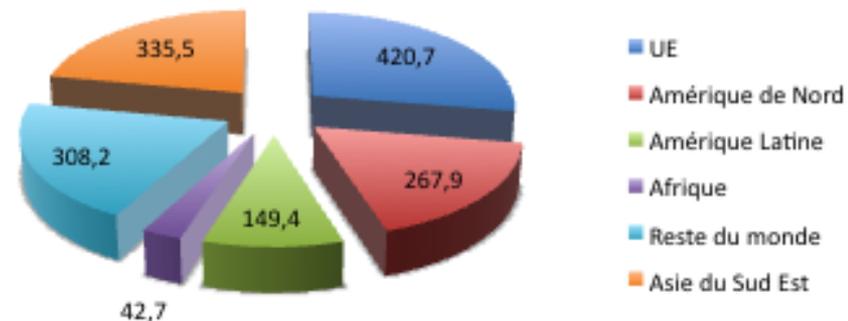
Groupements d'États ou régions

En 2007 (en milliards d'USD)



Source: CNUCED, World Investment Report 2008:
Transnational Corporations and the Infrastructure

En 2011 (en milliards d'USD)



Source: CNUCED, World Investment Report 2012:
Towards a new generation of investment policies

Législations sur les IDE et indices de restriction

Exemples

Hors UE

- *USA
- *Inde
- *Chine
- *Russie
- *Emirats

UE

- *France
- *Allemagne

Pour barrer les investissements étrangers, les pays ont recours à des restrictions d'ordre réglementaire, que l'OCDE classe en 3 catégories :

- i) restrictions sur la détention de fonds propres depuis l'étranger;
- ii) «screening» obligatoire et procédures d'approbation entraînant une hausse du coût d'entrée
- iii) restrictions opérationnelles telles que limites imposées sur le nombre de ressortissants étrangers travaillant dans les filiales / exigences de nationalité / de lieu de résidence pour membres CA, restrictions sur les facteurs de production et réglementations administratives / discriminatoires ou restrictions sur le rapatriement des bénéfices.

Données: Index of Economic freedom 2014

Heritage Foundation in partnership with The Wall Street Journal

<http://www.heritage.org/index/heatmap>
<http://www.heritage.org/index>

<http://www.heritage.org/index/about>
Méthodologie :

10 quantitative and qualitative factors, grouped into 4 broad categories, or pillars, of economic freedom:

- *Rule of Law (property rights, freedom from corruption);
- *Limited Government (fiscal freedom, government spending);
- *Regulatory Efficiency (business freedom, labor freedom, monetary freedom);
- *Open Markets (trade freedom, investment freedom, financial freedom).

USA : principe de liberté sérieusement tempéré au nom de l'intérêt national

La Constitution prévoit une uniformité de traitement à l'égard des propriétaires nationaux ou étranger.

● Amendement Exon-Florio de 1988 à la loi de Production pour la Défense (1950)

- Autorise le président des USA à examiner l'effet sur la sécurité nationale d'une prise de contrôle étrangère sur une entreprise américaine.
- Cette procédure peut suspendre/interdire la transaction (→ peut servir aussi à faire pression pour négocier)
- Ce Pouvoir est délégué au *Committee on Foreign Investments in the US (CFIUS)* qui peut s'autosaisir

● La Loi du 28 février 2007 renforce les pouvoir du CFIUS, acteur majeur du contrôle des IDE aux USA.

● Exemples de la veille USA :

Le rachat de la filière PC d'IBM par une entreprise Chinoise a eu comme effet que le département d'État n'a plus acheté d'ordinateurs IBM (interpelle sur la cohérence de l'action de l'Etat sur les secteurs « stratégique » dans son rôle de client –régulateur)

USA : Une utilisation récente de l'amendement Exon - Florio

28 septembre 2012, le Président Barack Obama a, par « Executive Order » et sur recommandation du CFIUS, interdit le rachat par l'entreprise Ralls, domiciliée dans l'Etat du Delaware mais détenue par le groupe chinois Sany, de 4 entreprises éoliennes américaines de l'Oregon « au motif qu'une telle implantation – située à proximité d'un espace aérien soumis à des restrictions en raison de la présence d'une base navale d'entraînement militaire utilisée par des drones et des avions de guerre électronique – constituerait une menace pour la sécurité nationale des Etats-Unis ».

- **12ème sur 178 - OVERALL SCORE 75.5 (55)**

Investment Freedom : 70.0

<http://www.heritage.org/index/country/unitedstates>



L'Inde : la tradition étatique



Philosophie de l'Etat : autosuffisance et protection des activités nationales. En restreignant les entrées et sorties de capitaux, le gouvernement a préservé les firmes nationales d'une concurrence globale, ce qui a permis le développement de géants tels que TaTa ou encore Mittal.

L'Inde s'est ouverte (2 000 permettant des IDE : composants électroniques, transports, services de télécommunication, Investis de manière horizontale (coopérative ou JV entre les sociétés étrangères et nationales alors que les firmes indiennes investissant à l'étranger privilégient l'acquisition et l'intégration verticale rachat de Tetley par TaTa Tea en 2000 ou Arcelor par Mittal).

Indice de liberté économique de l'Inde

120ème sur 178 avec 55.7 points (55)

Investment Freedom : 35.0

<http://www.heritage.org/index/country/india>

• **Textes:**

- Statement On Industrial Policy (1991)
- Foreign Trade Development and Regulation Act (1992)
- Foreign Exchange Management Act (1998)

• **Régime juridique :** Les IDE doivent être notifiés à la Royal Bank of India dans les 30 jours de l'opération d'IDE

→ **acceptés** automatiquement si la prise de contrôle ne dépasse pas un certain seuil et pour certaines catégories (extraction minière, etc)

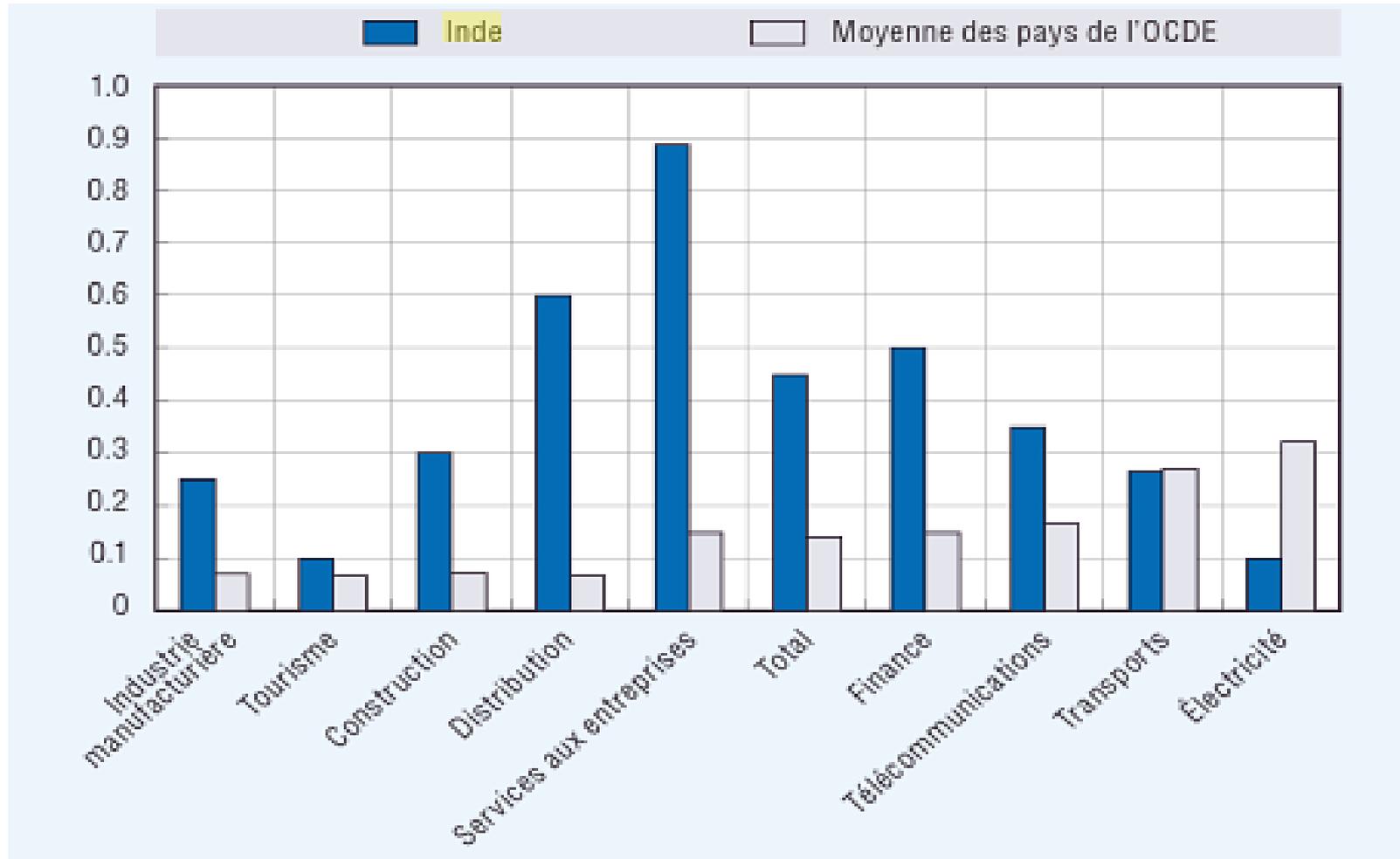
→ **soumis** à l'agrément du Conseil pour la Promotion des IDE dans les autres cas (compagnies aériennes, secteur pétrolier, industries de défense et stratégiques, le secteur du thé, le développement des bidonvilles, les médias...)

→ **interdits** dans les secteurs des armes, des loteries, de l'énergie atomique, du commerce de détail et l'immobilier.

L'Inde

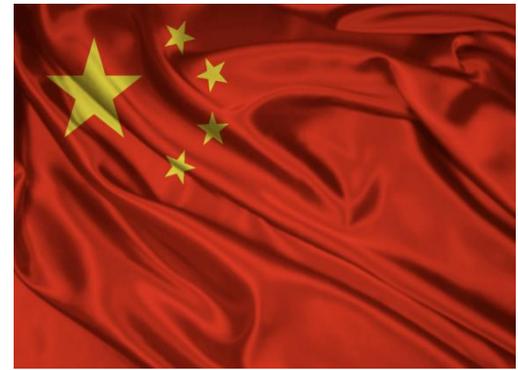


Indice de restriction de la réglementation de L'IDE



Sources : Examens de l'OCDE des politiques de l'investissement – OCDE 2011

La Chine : un contrôle de fonds et de forme



Une Entreprise à investissement étranger (« EIE ») peut prendre plusieurs formes juridiques

- JV entre une société chinoise et une société étrangère : la participation étrangère n'est pas plafonnée excepté dans les secteurs stratégiques (JV entre Total (49%) / Sinochem (51%), Groupe EDF (35%)/ Datang (65%), JV portant sur une centrale à Charbon).
- Filiale à 100% étrangère (Wholly Foreign-Owned Enterprise – WFOE) (loi d'avril 1986) à vocation exportatrice : au moins 50 % de leur production.
- Une co-SA à capitaux étrangers (Foreign-Invested joint Stock limited Companies – FISC).

Ce régime est complété par des exigences des lois sur l'entreprise, les contrats, l'assurance, le travail, la TVA et la taxe professionnelle.

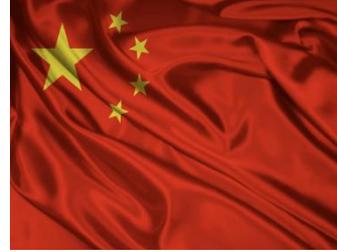
Par ailleurs, un amendement à la loi de 2003 sur les fusions et acquisitions permet de contrôler une opération qui menacerait « sécurité économique nationale ».

Chine

137ème avec 52.5 points (55)

Investment Freedom: 30.0

<http://www.heritage.org/index/country/china>



Contrôle des IDE entrants

Les Entreprises à Investissement Etranger sont soumises à l’approbation du Département de l’administration des investissements étrangers du Ministère du Commerce (MOFCOM) dès lors que l’investissement **dépasse 30 Millions d’USD**.

- Dct annuel du groupe EDF (p. 111) : « *Début avril 2009, le Ministère du Commerce chinois (MOFCOM) a approuvé la transaction permettant au groupe EDF de devenir actionnaire à concurrence de 35 %, avec Datang, de la société propriétaire de la centrale de Sanmexia (Province du Henan), mise en service en 2007, d’une capacité installée de deux fois 600 MW (technologie « charbon supercritique »).*

Autres projets contrôlés par les provinces, régions autonomes ou municipalités.

Catalogue des secteurs à participation étrangère par catégories.

Fin 2011 5ème mise à jour qui s’inscrit dans le cadre du 12^{ème} plan quinquennal chinois couvrant les années 2011-2015.

Tendance est d’orienter les IDE vers les secteurs à haute valeur ajoutée et faiblement intensif en main d’œuvre.

La Chine



Les catégories de secteurs

- **Les secteurs encouragés** par des mesures fiscales, des autorisations plus rapides, une plus grande liberté sur la forme de l'investissement (354 contre 349 en 2007)

Exemples : agriculture, textiles, matériaux chimiques + nouveaux secteurs : bornes de recharge des voitures électriques, capital-risque, services en matière de propriété intellectuelle, traitement de la pollution maritime

- **Les secteurs restreints** par des autorisations plus strictes, des obligations de création d'une joint venture majoritairement contrôlée par la partie chinoise (80 contre 85 en 2007)

Exemples : transport ferroviaire, audiovisuel, secteur bancaire et financier, immobilier

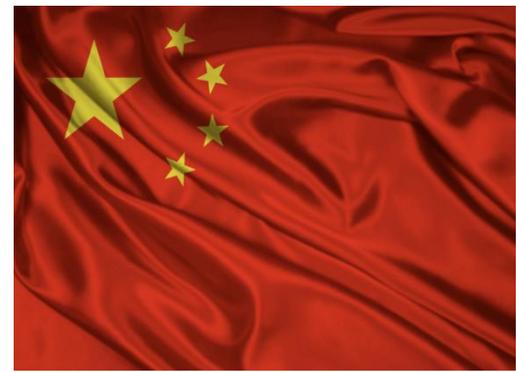
- **Les secteurs interdits** (39 contre 38 en 2007) : pas d'IDE sauf autorisation spéciale
Exemples : fabrication d'armes, transports aériens, services postaux, pêche, édition et publication de journaux et livres, jeux de hasard + livraison expresse de courrier en 2011

- **Les secteurs autorisés** : par défaut si ne figurent pas dans les trois autres secteurs
Exemples : beaucoup de secteurs de la grande consommation, la cosmétique, l'équipement automobile

Sont également interdits les IDE qui :

- mettent en danger la sûreté de l'État ,
- nuisent à l'environnement ou à la santé public,
- mettent en œuvre des techniques/technologies propres à la Chine.

La Chine



L'État oriente aussi les IDE sortants

- Après avoir orienté les IDE Chinois vers les matières premières, le gouvernement pousse aujourd'hui les entreprises vers le domaines des hautes technologies.
- Le fait que l'ouvrage soit réalisé par une entreprise chinoise ou utilisant des standards techniques chinois ou dont la monnaie de paiement est le RMB.
- Le gouvernement Chinois contrôle les IDE des entreprises chinoises. Il a par exemple interdit, le 4 septembre 2008, le projet d'acquisition de la Dresdner Bank par la Banque Chinoise de Développement de Pékin.

RUSSIE

140ème avec 51.9 (55)

Investment Freedom: 25.0

<http://www.heritage.org/index/country/russia>



Compagnies étrangères privées dans pétrole & gaz, métallurgie.

Loi du 9 juillet 1999 pose le principe d'application du traitement national aux investisseurs étrangers et prévoit que toutes les formes de sociétés sont ouvertes aux investisseurs étrangers.

2007 loi prévoit 37 secteurs stratégiques où les IDE sont soumis à autorisation

Toute entreprise étrangère privée désirant acquérir plus de 50 % d'une société russe, et toute entreprise étrangère publique souhaitant acquérir plus de 25 % doit obtenir une autorisation

Les Seuils tombent à 10 % et 5 % dans l'un des 37 secteurs.

Dans certains cas, l'investisseur devra en **plus se soumettre à des obligations en matière de secret d'Etat.**

Emirats arabes unis

71.4 points (55) - 28ème

Investment Freedom 35.0

<http://www.heritage.org/index/country/unitedarabemirates>



Législation qui interdit aux investisseurs étrangers de détenir plus de 49 % d'une société nationale.

Seuil descend à 40 % pour les entreprises exerçant leur activité dans les domaines liés au pétrole et gaz.

Restrictions dans des secteurs tels que les télécommunications, le tourisme ou les assurances, ainsi que dans les secteurs « stratégiques » : l'énergie, l'eau, la défense, qui ne sont pas nécessairement codifiés

Paradoxe français: 70ème avec 63.5 points

Médiatisation d'un « patriotisme » (protectionnisme) économique **alors que** :

✓ Les flux d'IDE s'élèvent à 26,5 Mds€ !

CNUCED : 11ème rang mondial en termes d'accueil des IDE en 2011.

D'après l'Agence Française pour les Investissements Internationaux, 698 projets d'implantation d'origine étrangère ont été recensés en 2011 (contre 782 en 2010) contribuant au maintien ou à la création de près de 28 000 emplois en France.

✓ Soucieuse de l'attractivité française

✓ Ouverte au capital étranger : désormais 50% du capital du CAC40 détenu par des investisseurs internationaux.



Contrôle or not contrôle ?

Les relations financières entre la France et l'étranger sont libres conformément à l'article L151-1 du code monétaire et financier. Toutefois, conformément aux dispositions de l'article L.151-3 du code précité, sont soumis à autorisation préalable du ministre chargé de l'économie, les investissements en France qui participent à l'exercice de l'autorité publique ou relèvent des activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale ou des activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives. Le code monétaire et financier (articles R.153-1 et suivants) définit précisément la nature de ces activités.

Décret du 30 décembre 2005 (dit décret Villepin) modifié par le décret du 7 mai 2012

→ Dix secteurs stratégiques : jeux d'argent (hors casino depuis 2012), activités de sécurité, biotechnologies, production d'antidotes, matériel d'interception des communications, sécurité des systèmes informatiques, technologies duales, cryptologie, marchés secret défense, et armement

→ régime de **déclaration** (article R. 151-1 du CMF)

ou

→ régime **d'autorisation préalable** si l'IDE provient d'un Etat tiers à l'UE et dépassent un certain seuil (article R. 153-1)

En pratique la France a une approche très ouverte :

entre 30 et 60 demandes d'autorisation par an dont 90 % portent sur des entreprises plus ou moins liées à la Défense nationale et très peu de dossiers ne sont pas acceptés. La principale préoccupation de l'Etat français, lorsqu'un investisseur étranger s'engage dans secteur sensible, n'est pas seulement l'accès de celui-ci à des informations stratégiques pour la Défense française mais aussi la continuité de l'activité de l'entreprise dont le contrôle est cédé, notamment des petites entreprises fournisseurs de la Défense (logique de sécurité d'approvisionnement).

L'Allemagne libérale ? 18^{ème} avec 73.4

Investment Freedom: 90.

Plus de 50% du capital des entreprises du DAX est désormais détenu par des fonds de pensions et fonds d'investissement.

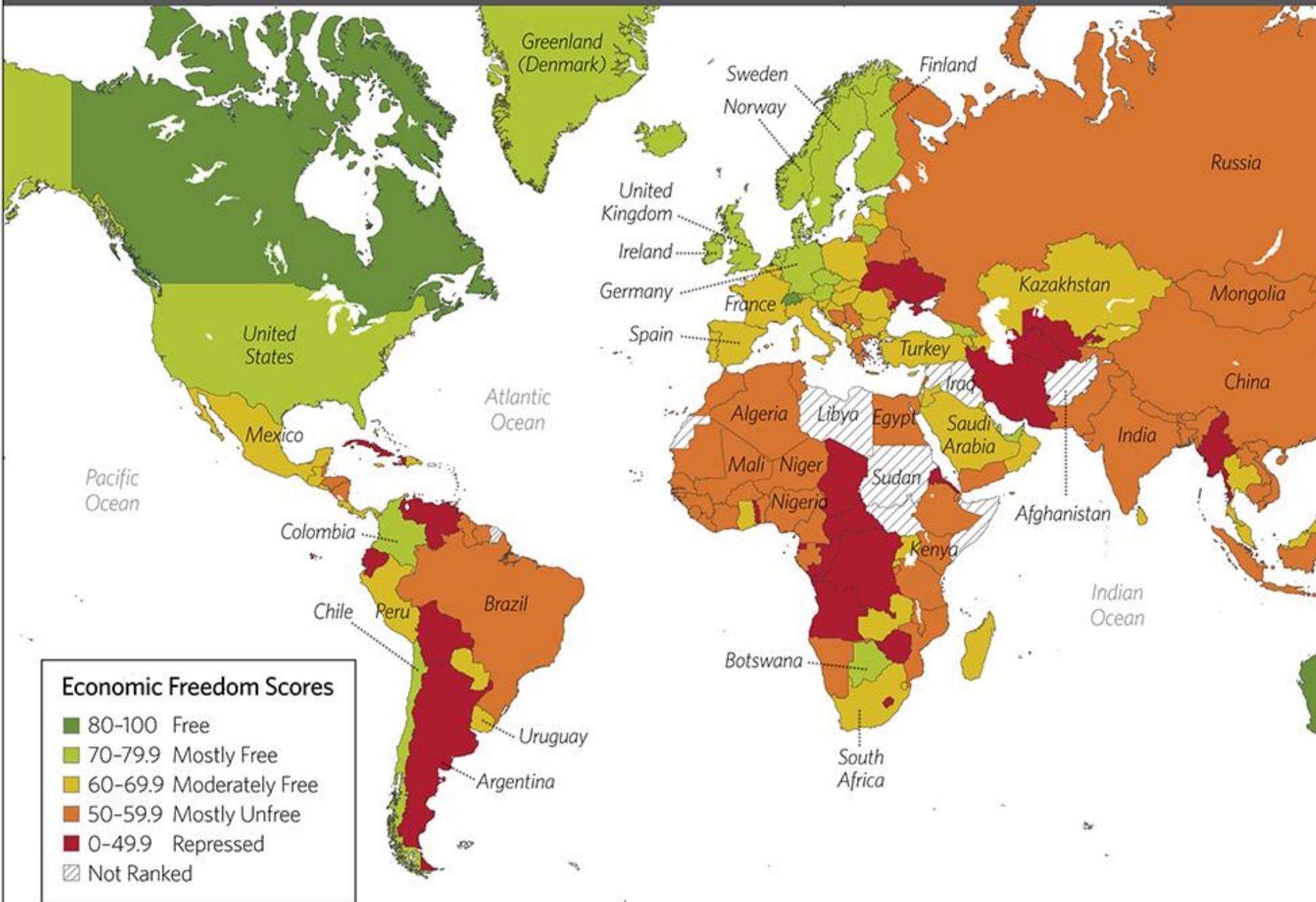
- ◎ L'article 2 Loi AWG de 1961 (modif. 2006) autorise le gouvernement à énoncer, par voie de décret, les actes juridiques ou les opérations qui peuvent être interdits ou subordonnées à autorisation.

- ◎ L'article 7 autorise le gouvernement à interdire ou restreindre des IDE pour :
 - Assurer la sécurité de l'Allemagne
 - Prévenir une perturbation de la coexistence pacifique des peuples
 - Éviter que les relations extérieures de l'Allemagne ne soient gravement perturbées.

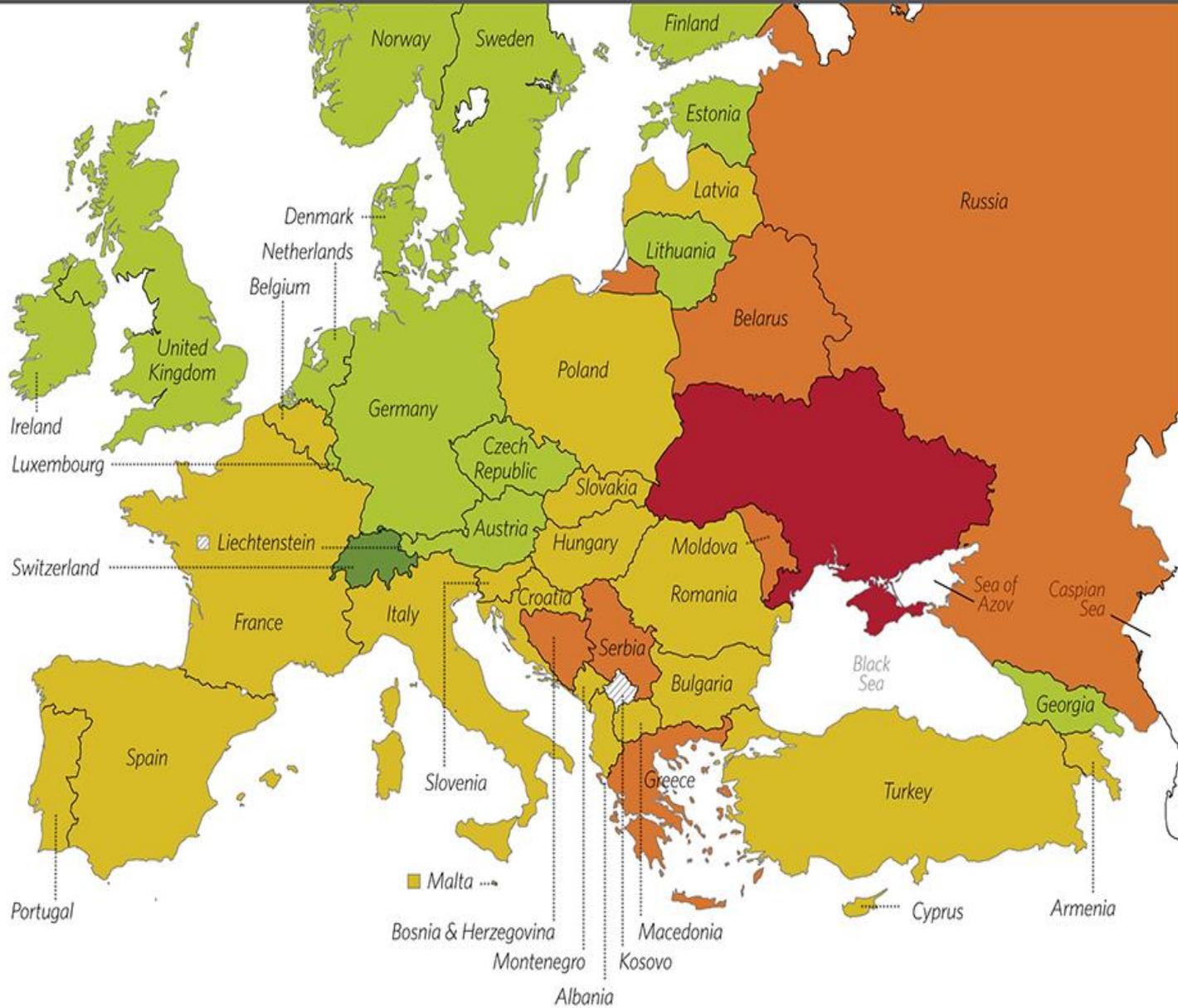
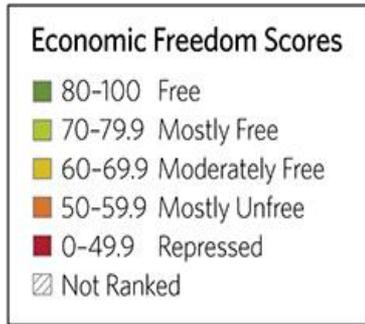
- ◎ Depuis février 2009 : Le ministre de l'économie peut contrôler a posteriori les IDE s'il existe un risque pour l'ordre public ou la sécurité nationale. Toute acquisition réalisée par un investisseur non européen sur +25% du capital de la cible peut être concerné.



The World



Europe



Source: Terry Miller, Anthony B. Kim, and Kim R. Holmes, 2014 *Index of Economic Freedom* (Washington, D.C.: The Heritage Foundation and Dow Jones & Company, Inc., 2014), <http://www.heritage.org/index>.

France 70ème avec 63.5 points

Rappel: Global average 55.5

RULE OF LAW

- *Property Rights 80.0
- *Freedom From Corruption 69.9

LIMITED GOVERNMENT

- *Government Spending 5.6
- *Fiscal Freedom 48.4

REGULATORY EFFICIENCY

- *Business Freedom 79.9
- *Labor Freedom 51.8
- *Monetary Freedom 76.1

OPEN MARKETS

- *Trade Freedom 82.8
- *Investment Freedom 70.0
- *Financial Freedom 70.0

WORLD: Investment freedom

- USA 70
- EU 74.0
- Middle East & North Africa 51.3
- South and Central America/ Caribbean 54.3
- Asia-Pacific 44.3
- Sub- Saharan Africa 49.3

L'Union Européenne :

Projet communautaire versus législations nationales - Quid des négociations bilatérales



Un Libéralisme de principe

Approche libérale fondée sur la libéralisation des échanges (marchandises, personnes et capitaux).

- 1986 « programme de libéralisation des mouvements de capitaux » au sein de l'UE : **Directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité (JO L 178 du 08.07.1988 Dernière modification 03.07.2007)**

Annewe1 : nomenclature des Capitaux

http://ec.europa.eu/internal_market/capital/docs/nomenclature_fr.pdf

- 1993, le traité de Maastricht pose un principe de liberté complète des mouvements de capitaux : 1er janvier 1994, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements entre les États membres, mais aussi celles entre les États membres et les pays tiers abolies.

IDE provenant de pays tiers à l'UE : les réglementations nationales consistant à « bloquer » un investissement non souhaité sont contraires à priori au projet communautaire.

Exceptions à la liberté d'investissement en Europe

- **Article 64-2 TFUE** : le Conseil peut prendre des mesures relatives aux mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers à l'Union, lorsqu'ils impliquent des investissements directs
- **Article 66 TFUE**: Lorsque les mouvements de capitaux en provenance ou à destination de pays tiers causent des difficultés graves pour le fonctionnement de l'Union, le Conseil peut prendre, à l'égard de pays tiers, des mesures de sauvegarde pour une période ne dépassant pas six mois pour autant que ces mesures soient strictement nécessaires
- Tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre ; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché commun en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires (article 296).

Le credo de l'UE : étendre la libre circulation des capitaux erga omnes

Une réflexion interne aux services de la Commission européenne (DG commerce et DG marché intérieur) en cours

« La phase de mondialisation actuelle, caractérisée par l'apparition de chaînes d'approvisionnement intégrées, s'est traduite par une hausse spectaculaire des IDE. Contribution clé à la croissance économique. En tant que principale source d'IDE dans le monde, l'UE a un intérêt vital à améliorer l'accès aux marchés étrangers et à libérer le potentiel que représente le dynamisme de ses services et établissements.

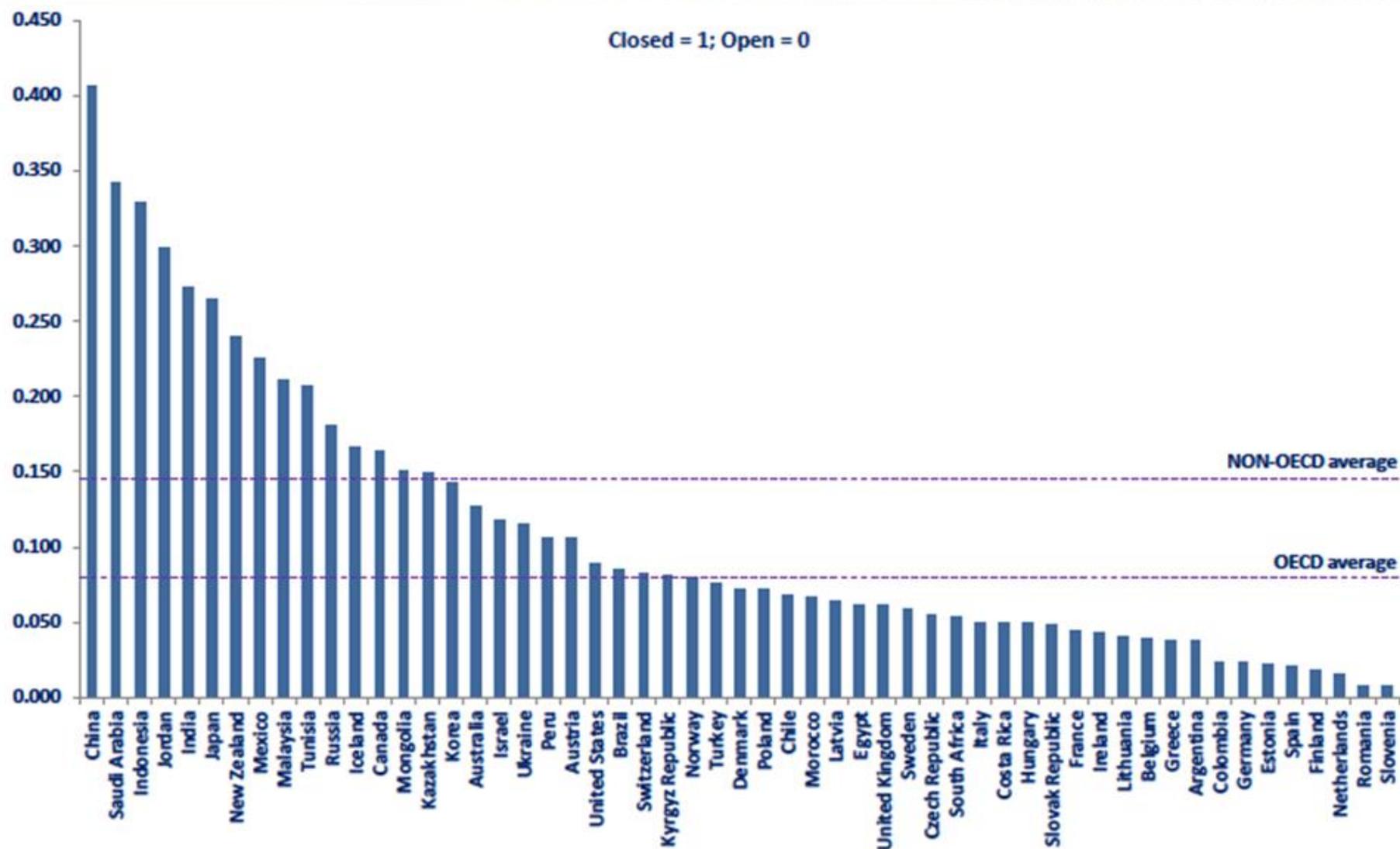
L'UE cherche à créer un environnement stable et attractif pour les investisseurs européens à l'étranger, de même qu'à préserver et à promouvoir un régime d'investissement ouvert sur son territoire, dans un souci de réciprocité et de bénéfice mutuel.

Cette politique passe par un ensemble de négociations avec des partenaires clés tels que les États-Unis, la Chine et la Russie et par la participation active à des travaux conduits dans le cadre d'instances internationales : OCDE, CNUCED, G8/G20.

Avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et l'extension des compétences de l'UE aux IDE, la définition et la gestion de la politique d'investissement se font plus globalement, au niveau européen, ce qui donne à l'UE une plus grande marge de négociation.

http://www.oecd.org/daf/inv/ColumnChart-FDI_RR_Index_2012.pdf

FDI regulatory restrictiveness index, 2012



Traité de Lisbonne de 2007, IDE font partie de la compétence exclusive de l'UE Article 207

Champ d'application de la politique commerciale de l'Union étendu aux IDE. Compétence exclusive, selon l'article 2 : « *Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence exclusive dans un domaine déterminé, seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les Etats membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union* ».

Sort des Traités bilatéraux internationaux déjà conclus (TBI)?

Communication de la Commission du 7 juillet 2010 “Vers une politique européenne globale en matière d’investissements internationaux”: COM (2010) 343 final du 7.7.2010

(http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146307.pdf).

→ phase de transition pour supprimer les incompatibilités des TBI avec le TFUE. Les TBI notifiés à la Commission qui en examine le contenu et peut retirer l'autorisation de maintenir des traités bilatéraux d'investissement lorsqu'un accord comporte des incompatibilités avec le droit de l'Union : 2009, la CJUE a condamné la Suède, la Finlande et l'Autriche à renégocier des Accords qui ne comportaient pas de clause dite de Regional Economic Integration Organisation : une telle clause stipulant que l'API concerné doit respecter le droit communautaire acquis et à venir.

Exemple du Canada

Stocks cumulés d'IDE de l'UE et du Canada :
360 milliards € en 2011.

Canada, like the EU, has to obey international agreements, including the 'Agreement on Trade Related Investment Matters' (TRIMS).

Six FIPAs are with EU member states: Czech Republic, Hungary, Poland, Latvia, Slovakia and Romania. Despite political strategies to present Canada as an open market economy, the political and economic reality of the Canadian FDI regime is more closed than its EU counterparts.

(Regulatory Restrictiveness Index, OECD Publishing, Paris, 2012)

www.oecd.org/daf/internationalinvestment/investmentstatisticsandanalysis/fdiregulatoryrestrictivenessindex.htm

MÉMO du 18 octobre 2013 sur L'accord de libre-échange UE-Canada / Investissement

L'accord atténue les obstacles à l'investissement à la fois sur le plan horizontal et sur le plan sectoriel, en améliorant la sécurité juridique et la prévisibilité pour les entreprises.

investisseurs européens au Canada sont garantis de l'absence de discrimination, d'un traitement juste et équitable et d'une indemnisation appropriée en cas d'expropriation.

Le renforcement des obligations en matière de protection de l'investissement fondé sur un mécanisme efficace de règlement des litiges entre les investisseurs et l'État.

Secteurs « stratégiques » ? Approcher la notion

Tant un exercice de qualification juridique qu'une approche économique restent d'un apport limité car fondamentalement la qualification relève d'un processus politique d'opportunité.

Un secteur est stratégique parce qu'il appartient à la sphère souveraine de l'Etat, cette approche est la plus ciblée, elle est juridique, c'est celle adoptée par le Traité de Rome constitutif de la Communauté Européenne repris par le Traité de Lisbonne à l'article 346. L'article relie la notion aux « intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat » interprétés strictement.

La plupart des Etats élargissent le spectre en intégrant à minima les secteurs de l'énergie, les réseaux... Mais parfois aussi l'industrie pharmaceutique, l'eau, les déchets... Et pourquoi pas le chocolat ou les yaourts...

L'ouverture du périmètre des secteurs stratégiques peut également être tentée en utilisant une approche liée aux effets d'entraînement du secteur considéré sur l'ensemble de l'économie : c'est ce qui expliquerait l'intervention massive d'aides d'Etat dans le secteur automobile et le secteur financier lors de la crise de 2008. Les plus récentes communications de la Commission en matière de politique industrielle semblent d'ailleurs retenir ce critère.

Qu'est ce qui fait qu'un secteur est qualifié ou ressenti comme stratégique? Comment tenter un exercice de qualification ?

- ◆ Intérêt vital de l'ETAT (sécurité publique, indépendance)
- ◆ Intérêt industriel (industries duales, brevets)
- ◆ Intérêt économique (emplois- maintien de la localisation des centres de décisions)

Dispositifs susceptibles de limiter des IDE autres qu'un système de contrôle préalable

- ➔ Contrôle des concentrations communautaire et national
- ➔ Contrôle des activités réglementées : établissement de crédit ou entreprise d'investissement, secteur audiovisuel...
- ➔ Contrôle des secteurs stratégiques si prévu par la loi nationale

Mécanismes classiques du droit des sociétés :

Golden Shares

CJUE les condamnent sauf exception entendue strictement

Ex : CJCE 13 mai 2003, Commission c/ Royaume-Uni, C-98/01 (BAA) ; CJCE 28 septembre 2006, Commission c/ Pays-Bas, C-282/04 et C-283/04 (Koninklijke KNP NV et TNT Post Groep devenue TPG) ; CJCE 23 octobre 2007, Commission c/ Allemagne, C-112/05 (Volkswagen) et CJCE 6 décembre 2007, Federconsumatori c/ Comune di Milano, C-463/04 et C-464/04 (AEM).

Une action spécifique introduite au profit de l'Etat dans les statuts de sociétés issues d'une privatisation et lui réservant des droits spéciaux d'approbation de certaines décisions importantes, notamment des prises de participation dans le capital de tiers

= incompatible avec les articles 56 et 43 du Traité CE sur les libertés de circulation des capitaux et d'établissement.

Anne Looijestijn-Clearie, « All That Glitters Is Not Gold: European Court of Justice Strikes Down Golden Shares in Two Dutch Companies », European Business Organization Law Review, 2007, p. 429 et s.

Mécanismes classiques du droit des sociétés :

Règles de transparence es/ boursière (directives CEE =

& directive 2004/25/CE sur les OPA

- L'article 10 impose la transparence
- L'article 12 qui porte le nom d'« arrangements facultatifs » permet aux Etat-membre de conserver dans leur droit des sociétés des dispositifs préventifs d'opa ou d'autoriser une entreprise cible à lutter contre une OPA considérée comme hostile, au nom de la réciprocité.

Atelier du CEDE n°2 sur les dispositifs anti-OPA - Jeudi 4 juin de 18h à 20h30 : « HARMONISATION COMMUNAUTAIRE DES DISPOSITIFS ANTI-OPA : ETAT DES LIEUX ET RISQUE DE FORUM SHOPPING .

Voir l'ouvrage de Viviane de Beaufort « Corporate Governance in the age of takeover bids » , Economica, avril 2009.

Publication est à venir sur l'utilisation des dispositifs préventifs d'OPA hostiles par les entreprises européennes.

Union Européenne : gérer l'opportunité, contrôler le risque

La Communication de la Commission (2010) relative à une approche globale en matière d'IDE.

5 principes fondamentaux :

- Attachement au principe d'ouverture aux investissements
 - Appui aux actions multilatérales (travaux du FMI + OCDE)
 - Utilisation des instruments existants
 - Respect des obligations liées au traité UE et des engagements internationaux
 - Proportionnalité et transparence
-
- ✓ En France, le 30 juillet 2008, l'Assemblée Nationale se prononçait pour que « l' Union prenne elle-même la responsabilité de définir un cadre lui permettant, ou permettant aux Etats Membres, de réagir face à des investissements qui toucheraient des entreprises ou des secteurs stratégiques, venant ainsi compléter les réglementations nationales dont la compatibilité avec les règles Européennes reste incertaine ».

 - ✓ Vers un mécanisme européen de contrôle des investissements?

La Voie des accords bilatéraux : pour une concurrence loyale (level playing field)

- ➔ Briser la quadrature du cercle : fonder un dispositif harmonisé ouvert intégrant une capacité à contrôler des investissements « indésirables » dans les secteurs « stratégiques » en promouvant la question essentielle de la réciprocité des conditions de réalisation d'investissements directs des entreprises européennes dans les pays tiers.

Chapitre sur les IDE dans les ALE

Corée du sud

Pérou-Colombie

Canada

Singapour – finalisation de l' accord fin 2014

Négociations en cours avec le Japon

La Chine

Les USA



Bruxelles, mardi 21 janvier,

Karel De Gucht espère apaiser les débats sur les négociations de libre-échange engagées avec les Etats-Unis : le commissaire européen au commerce a annoncé l'ouverture d'une **consultation sur la protection des investissements**, un mécanisme qui pourrait être introduit dans le futur accord de libre-échange avec les Etats-Unis.

En réponse aux interrogations suscitées par une telle clause en Allemagne, entre autres. « *Certaines personnes en Europe ont de véritables préoccupations concernant cette partie de l'accord Union européenne-Etats-Unis. Je veux qu'ils aient leur mot à dire* », a souligné M. De Gucht. L'ouverture de la consultation revient à une quasi-suspension, d'ici à juin, de toute tractation avec l'administration Obama sur ce volet des discussions.

Viviane de Beaufort, professeure ESSEC Business School,
co-directrice du CEDE
beaufort@essec.edu



COMPÉTITIVITÉ EUROPÉENNE

PROGRAMME DE RECHERCHES

Avec l'aide de Bertrand
Garrandaux - Adrien Jimenez –
Norven Pavaday MS Paris XI-
Sceaux /ESSEC

CENTRE EUROPÉEN DE DROIT ET D'ÉCONOMIE

WWW.CEDE-ESSEC.FR

