



HAL
open science

Le patriotisme économique à l'épreuve du droit de l'Union européenne

Martial Simen

► **To cite this version:**

Martial Simen. Le patriotisme économique à l'épreuve du droit de l'Union européenne. Droit. Université de La Rochelle, 2014. Français. NNT : 2014LAROD006 . tel-01268166

HAL Id: tel-01268166

<https://theses.hal.science/tel-01268166>

Submitted on 4 Feb 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



UNIVERSITÉ DE LA ROCHELLE

ÉCOLE DOCTORALE :

Droit et Science Politique "Pierre Couvrat"

Laboratoire : Centre d'Études Juridiques et Politiques

THÈSE

présentée par :

Martial SIMEN

soutenue le 12 décembre 2014

pour l'obtention du grade de **Docteur de l'Université de La Rochelle**

Discipline : Droit privé

Directeur de thèse :

Linda ARCELIN LÉCUYER

Maître de conférences en droit privé HDR à l'Université de La Rochelle

**LE PATRIOTISME ÉCONOMIQUE À L'ÉPREUVE DU
DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE**

JURY :

Mme Linda ARCELIN LÉCUYER, Maître de conférences, HDR, Université de La Rochelle

Mme Hélène GAUDIN, Professeur, Université de Toulouse Capitole

M. Gérard JAZOTTES, Professeur, Université de Toulouse Capitole

M. Fabien TESSON, Maître de conférences à l'Université d'Angers

UNIVERSITÉ DE LA ROCHELLE
FACULTÉ DE DROIT

ÉCOLE DOCTORALE :
Droit et Science Politique "Pierre Couvrat"
Laboratoire : Centre d'Études Juridiques et Politiques

THÈSE
présentée par :
Martial SIMEN

soutenue le 12 décembre 2014
pour l'obtention du grade de **Docteur de l'Université de La Rochelle**

Discipline : Droit privé

Directeur de thèse :

Linda ARCELIN LÉCUYER

Maître de conférences en droit privé HDR à l'Université de La Rochelle

**LE PATRIOTISME ÉCONOMIQUE À L'ÉPREUVE DU
DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE**

JURY :

Mme Linda ARCELIN LÉCUYER, Maître de conférences, HDR, Université de La Rochelle

Mme Hélène GAUDIN, Professeur, Université de Toulouse Capitole

M. Gérard JAZOTTES, Professeur, Université de Toulouse Capitole

M. Fabien TESSON, Maître de conférences à l'Université d'Angers

"La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur"

SOMMAIRE

PARTIE I : PATRIOTISME ÉCONOMIQUE ET DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE : QUEL ENCADREMENT?

Titre I : Un encadrement révélant des risques de contradictions

Chapitre I : Patriotisme économique et risque de violation de la prohibition des restrictions aux principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement

Chapitre II : Patriotisme économique et risques de violation des principes posés par la libre concurrence

Titre II : Un encadrement n'excluant pas de possibles conjonctions

Chapitre I : Conjonctions avec les principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement

Chapitre II : Conjonctions avec les principes afférents à la libre concurrence

PARTIE II : PATRIOTISME ÉCONOMIQUE ET DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE: UN ENCADREMENT À REDÉFINIR?

Titre I : Les limites à l'opposition systématique aux patriotismes économiques nationaux

Chapitre I : Le renforcement des prérogatives de l'État au moyen du droit des sociétés

Chapitre II : Le contrôle public d'EADS: une illustration du recours au droit des sociétés à des fins protectrices

Titre II : Vers un patriotisme économique européen ?

Chapitre I : Politique d'investissement commune et contrôle des investissements en provenance des pays tiers

Chapitre II : Vers un cadre autonome de contrôle des investissements en provenance des pays tiers

Table des abréviations

§: Paragraphe

Aff.: Affaire

AGE: Assemblée générale extraordinaire

AGO : Assemblée générale ordinaire

Al. : Alinéa

APE: Agence des participations de l'État

Aut. Conc.: Autorité de la concurrence

BAe.: British aerospace

BMIS: Bulletin mensuel d'information des sociétés joly

BPI-FI: BPI France investissement

BPI-G: BPI groupe SA

C/: Contre

CA: Cour d'appel

CASA: Construcciones aeronauticas SA

Cass. Comm.: Chambre commerciale de la Cour de cassation

CCC: Contrats concurrence consommation.

CDC: Caisse des dépôts et consignations

CDE: Cahiers de droit de l'entreprise

CDT: Centre de transmission des données

CE : Conseil d'État

CFIUS: Committee on foreign investment in the United States

Chron.: Chronique

CJCE: Cour de justice des communautés européennes

CJUE: Cour de justice de l'Union européenne

CMF: Code monétaire et financier

Commission : Commission européenne

CNUCED: Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

Coll.: Collection

Comm.: Commentaire

CONI : Comité national olympique italien

Conseil : Conseil européen

Cons. Const.: Conseil constitutionnel

Cour: Cour de justice de l'Union européenne (ex Cour de justice des communautés européennes)

CPN: Competition policy newsletter

CRDI: Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements

Croatian Yrbk European L and Policy: Croatian yearbook of european law and policy

DASA: Daimler Aerospace AG

Déc.: Décision

DIAC: Draft international antitrust code

Doc. fr. La documentation française

EADS: European aeronautic defence and space company

Éd.: Édition

EPIC: Établissement public industriel et commercial

Fasc.: Fasicule

FINSA: Foreign investment in national security act

FSI: Fonds stratégique d'investissement

GATT : General agreement on tariffs and trade (en, français Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce)

German LJ: German law journal

GIE: Groupement d'intérêt économique

IAA: International antitrust authority

IDE: Investissements directs étrangers

IFS : Institut des fonds souverains

IR : Informations rapides du recueil Dalloz

IWG: International working group

JCL: Jurisclasseur

JCP E: JurisClasseur périodique, édition entreprise

JDE : Journal de droit européen

JOCE: Journal officiel des Communautés européennes

JORF: Journal officiel de la République française

JOUE: Journal officiel de l'Union européenne

JTDE (JDE): Journal de droit européen

Jtes.: Jointes

KfW: Kreditanstalt für wiederaufbau

LGDJ: Librairie générale de droit et de jurisprudence

LPA: Les petites affiches

OCDE: Organisation de développement et de coopération économiques

OMC: Organisation mondiale du commerce

OPA: Offre publique d'achat

Ord. : Ordonnance

Oxford UP: Oxford university press

PIB: Produit intérieur brut

Préf.: Préface

PTA: Pesetas

PUF : Presses universitaires de France

PUR: Presses universitaires de Rennes

RAE: Revue des affaires européennes

RBE: Revue banque édition

RDBF: Revue de droit bancaire et financier

Rec.: Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ex Cour de Justice des Communautés Européennes), ou du Tribunal de l'Union européenne (ex Tribunal de première instance des Communautés européennes)

Rev. conc. consom: Revue concurrence consommation

Rec. Cons. cont.: Recueil des décisions du Conseil constitutionnel

RFDA: Revue française de droit administratif

RIDE : Revue internationale de droit économique

RIS : Revue internationale et stratégique

RJcom.: Revue de jurisprudence commerciale

RJDA: Revue de jurisprudence de droit des affaires

RJS: Revue de jurisprudence sociale

RLC: Revue Lamy de la Concurrence

RLDA: Revue Lamy droit des affaires

RMCUE: Revue du marché commun et de l'Union européenne

RMUE: Revue du marché unique européen

RTDcom: Revue trimestrielle de droit commercial

RTDeur.: Revue trimestrielle de droit européen

SEPI: Sociedad estatal de participaciones industriales

SIEG: Service d'intérêt économique général.

Sogade: Société de gestion de l'aéronautique de la défense et de l'espace

Suiv.: Suivant

Suppl.: Supplément

TCE: Traité instituant la Communauté européenne

TCEE: Traité établissant la Communauté économique européenne

TFUE: Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TGI: Tribunal de grande instance

Tom.: Tome

Tribunal: Tribunal de l'Union européenne (ex Tribunal de première instance des Communautés européenne)

Trib. UE: Tribunal de l'Union européenne

TVA : Taxe sur la valeur ajoutée

UE: Union européenne

ULB: Université libre de Belgique

Union : Union européenne

Vs : contre

WuW : Wirtschaft und Wettbewerb

"C'est dans l'internationale que l'indépendance des nations a sa plus haute garantie ; c'est dans les nations indépendantes que l'internationale a ses organes les plus puissants et les plus nobles. On pourrait presque dire : un peu d'internationalisme éloigne de la patrie ; beaucoup d'internationalisme y ramène. Un peu de patriotisme éloigne de l'Internationale ; beaucoup de patriotisme y ramène".

Jean Jaurès

L'armée nouvelle, 1911.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Le décret¹ français pris en réaction à la tentative de prise de contrôle de la branche énergie d'*Alstom* par *Général Electric*, la montée en puissance de fonds d'investissements à capacité financière quasi illimitée, l'importance grandissante d'entreprises publiques ou privées, instruments de la politique économique de pays tels que notamment la Chine et la Russie, remettent au goût du jour des concepts économiques que l'on croyait surannés, et donne aujourd'hui l'occasion de s'interroger sur les modes de régulation de l'économie.
2. De ce point de vue, Il suffit de scruter les discours politiques ou de suivre l'actualité pour constater que certaines notions - telles que le "*nationalisme économique*"², le "*protectionnisme économique*"³, ou encore le "*patriotisme économique*" -, sont évoquées comme étant autant de solutions pouvant permettre de résoudre, ou du moins de prévenir les difficultés économiques qui secouent le monde, et qui se traduisent notamment pour les ménages, par la baisse du pouvoir d'achat, la précarité, et pour les entreprises, par la raréfaction des sources nationales de financement, entraînant par voie de conséquence leur vulnérabilité.
3. Bien que traduisant une certaine inquiétude légitime face aux effets pervers de la mondialisation et de l'ultra libéralisme, ces concepts ne manquent pas de susciter des interrogations notamment quant à leur efficacité et à la possibilité de leur mise en œuvre. En effet, s'il semble objectivement difficile pour les États de revenir aux thèses nationalistes et/ou protectionnistes, parce que idéologiquement incorrectes et techniquement difficile à déployer, le recours au patriotisme économique semble être aux yeux de certains une option

¹Décret n° 2014-479 du 14 mai 2014 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable, JO du 15 mai 2014, p. 8062. A travers ce décret, le gouvernement français a pu élargir la liste des secteurs stratégiques soumis à contrôle quant aux investissements étrangers. En y intégrant l'énergie, la France se donnait le moyen d'avoir un droit de regard sur le rachat de la branche énergie d'*Alstom* par *Général Electric*.

²Partant de la difficulté de donner une définition qui tienne compte des différentes facettes du "*nationalisme économique*", Eric Boulanger relève cependant des éléments qui ressortent des définitions libérales et permettant de cerner ce concept à savoir : *autarcie, autosuffisance, guerre militaire et/ou commerciale, richesse de l'Etat au détriment du bien être individuel et des libertés fondamentales, protectionnisme, contrôle du commerce extérieur, colbertisme, totalitarisme*. "*Théorie du nationalisme économique*", l'Economie politique mars 2006, n°31, p. 82-95.

³ Défini comme les interventions des pouvoirs publics ayant pour effet d'introduire des distorsions systématiques dans les échanges. Les instruments du protectionnisme sont traditionnellement les tarifs douaniers, les quotas qualitatifs ou quantitatifs - quotas européens envers les textiles chinois -, les dépréciations monétaires tarifaires.

envisageable. Cependant, cette notion dont la pertinence varie en fonction de l'objectif poursuivi par ceux qui l'invoquent divise.

4. A son encontre, ses pourfendeurs lui opposent plusieurs griefs, notamment sa proximité avec le *protectionnisme* et le *nationalisme*, ou encore le caractère suranné des idées qu'il sous-tend. Eric Delbecq⁴ résume bien la mauvaise presse du patriotisme économique. Pour lui en effet, le désintérêt que suscite ce que certains appellent une provocation sémantique tient tout d'abord à "*la mondialisation (qui) rend vaine et sans objet la préservation d'un intérêt national en matière industrielle commerciale et financière*". Il ajoute que "*des firmes globales, sans nationalité, (...) ne doivent à aucun moment devenir des enjeux ou des symboles de souveraineté incitant à perturber le fonctionnement naturel des lois du marché*". Pour lui, ce désintérêt tient ensuite de ce que "*le mot patriotisme dissimule simplement un autre, le terrible substantif nationalisme, dont n'importe quel citoyen peut se rappeler à chaque instant des ravages apocalyptiques qu'il a causé aux peuples d'Europe et du monde au XXe siècle*".
5. A l'opposé, les défenseurs du patriotisme économique, au delà des querelles sémantiques, récusant toute association avec les idées nationalistes et/ou protectionnistes, trouvent dans le patriotisme économique le moyen pour les États de retrouver une certaine indépendance économique, préalable à un positionnement efficace dans le jeu de la mondialisation. Dans cette perspective, le patriotisme économique est alors associé à l'intelligence économique. Définie traditionnellement comme "*l'ensemble des actions coordonnées de recherche, de traitement de distribution et de protection de l'information obtenue légalement, utile aux acteurs économiques, en vue de la mise en œuvre de la stratégie individuelle et collective*"⁵, l'intelligence économique s'est modernisée au point où Bernard Carayon⁶, - dans un rapport intitulé "*intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale*" - veuille en faire une "*vraie et grande politique publique*". Dans cette optique, le recours au *patriotisme*

⁴ "*Quel patriotisme économique ?*", quadriges Essais débats, PUF, janvier 2008.

⁵ Définition donnée par le rapport du Commissariat général au Plan dit "*rapport Martre*", La Documentation française 1994.

⁶ *Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale*, La documentation française 2003.

économique apparaît notamment à ses yeux comme une sérieuse option pouvant permettre d'assurer la compétitivité de la France et des entreprises françaises.

6. Eric Delbeque dans son livre "*Quel patriotisme économique ?*"⁷, admet qu'à condition qu'il ne soit pas utilisé à des fins protectionnistes, nationalistes, antimondialistes ou interventionnistes, le patriotisme économique adossé à des objectifs tels que notamment "*la préservation du périmètre stratégique de souveraineté, la vitalité et le développement des territoires*", peut faire naître une "*culture de la puissance nationale et européenne, un partenariat public et privé au profit de l'emploi, un dispositif d'influence*", conduisant *in fine* à la mise en place d'une politique publique donnant tout son relief à une véritable "*politique industrielle*", et mettant en place l'"*obsession de la prospective, de l'anticipation stratégique et de l'innovation*".
7. Au delà de ces oppositions, la première interrogation qui interpelle le juriste est celle de la définition du patriotisme économique. La tâche n'est pas aisée car cette notion relève davantage du discours politique⁸ que d'un concept juridique précisément défini.
8. A la vérité, le *patriotisme économique* fait référence aux comportements des Etats, des entreprises et des citoyens. Cependant, pour des raisons de cohérence, nous limiterons notre analyse à celui des États. Et de ce point de vue, que ce soit dans les discours politiques ou dans les travaux des auteurs, une constante se dégage : le patriotisme économique serait la défense par les États de ce qui touche à leurs intérêts fondamentaux et stratégiques.
9. Cette définition soulève cependant quelques difficultés car, que faudrait-il entendre par *intérêts fondamentaux et stratégiques* ? A propos, George Virassamy⁹ a pu considérer que les

⁷ Op. cit.

⁸ A l'exemple du discours de Dominique de Villepin suite à la rumeur d'OPA de *Pepsico* sur *Danone* en juillet 2005 "*Je souhaite rassembler toutes nos énergies autour d'un véritable patriotisme économique. Je sais que cela ne fait pas partie du langage habituel mais il s'agit bien de [...] défendre la France et ce qui est français*".

⁹ *La guerre économique, une autre forme de guerre ?* Entreprises et patriotisme économique, acte du colloque organisé le 30 septembre 2007, Université des Antilles et de la Guyane, L'Harmattan, 2008, p. 20.

intérêts fondamentaux des États s'entendent comme ceux qui ont trait à l'accomplissement des missions régaliennes¹⁰ et à la satisfaction des besoins indispensables à la population¹¹.

10. La précision ne règle cependant pas le problème, car elle ne permet pas de rendre compte de la réalité du patriotisme économique. On a vu par exemple la levée de boucliers du gouvernement français qui, face aux rumeurs d'une OPA hostile de *Pepsico* sur *Danone*, avait précipité en 2005 la réforme du contrôle des investissements, ou encore ce même gouvernement, dans le but de faire le contrepoids au chinois *Donfeng*, prendre en 2013 des participations dans le capital de PSA Peugeot Citroën.. On a davantage vu le gouvernement italien, empêcher par la loi, l'Assemblée Générale devant décider du sort de l'OPA lancée par *Lactalis* sur *Parmalat*. Mais en quoi l'activité de ces entités a-t-elle trait à l'accomplissement des missions régaliennes, ou à la satisfaction des besoins indispensables à la population ? Probablement faudrait-il davantage préciser le sens qu'il faudrait donner aux "*intérêts fondamentaux et stratégiques*".

11. Jean-Phillipe Kovar¹², sur la base des travaux d'Eric Delbecque¹³, partant du constat de l'existence dans chaque État d'un "*périmètre stratégique économique de souveraineté*", définit le patriotisme économique comme la défense par les États des entreprises dont les activités touchent non seulement à l'accomplissement des missions régaliennes et à la satisfaction des besoins indispensables, mais aussi des entreprises qui, de part la nature stratégique de leurs actifs¹⁴, sont vitales pour la continuité de la vie nationale, ou encore des entreprises qui de part leur taille, ou compte tenu du symbole qu'elles représentent, acquièrent un caractère stratégique.

12. Cette définition extensive, bien que rendant dans une certaine mesure mieux compte de la réalité du *patriotisme économique*, ne résout pas davantage le problème, car le caractère

¹⁰ Défense nationale - télécommunications...

¹¹ Energie, eaux, courrier....

¹² *Le patriotisme économique à l'épreuve du droit communautaire*, JDE, novembre 2009, n° 163, 17^e année.

¹³ Op. cit.

¹⁴ Installations ou ouvrages..

fondamental et stratégique peut être mouvant. En effet, dans une perspective temporelle, ce qui est stratégique aujourd'hui, peut du fait de l'évolution technologique, ne plus l'être demain. En outre géographiquement, ce qui est stratégique et fondamental en France, peut ne pas l'être en Hongrie ou en Roumanie, du fait de l'inégal développement technologique. De plus, en défendant un secteur d'activité, ne défend-t-on pas indirectement les entreprises qui y opèrent ? Eric Delbecque¹⁵ tient compte du premier paramètre en parlant de "*périmètre stratégique à géométrie variable*". George Virassamy¹⁶ préconise de faire la différence entre ce qui est structurellement fondamental et stratégique de ce qui ne l'est que conjoncturellement.

- 13.** Peut être faudrait-il alors considérer, partant de toutes ces observations, que le patriotisme économique serait "*La défense directe et/ou indirecte par les États des entreprises œuvrant dans des domaines qui touchent aux intérêts structurellement ou conjoncturellement fondamentaux et stratégiques, liés notamment à l'accomplissement des missions régaliennes, à la satisfaction des besoins indispensables, à la continuité de la vie nationale, au symbole que représentent ces entreprises, et à la cohérence avec la politique nationale*".
- 14.** Sur la précision selon laquelle nous nous appuyerons sur cette définition, il importe de rechercher les outils permettant aux États de protéger leurs entreprises stratégiques ou de défendre leurs intérêts fondamentaux et stratégiques. Mais, pour bien situer le débat, il nous semble utile de s'attarder préalablement sur les leviers dont disposent les États de l'Union européenne en matière de politique économique.
- 15.** Définie comme l'ensemble des actions menées par l'État pour réguler l'activité économique, les politiques économiques¹⁷ permettent de rendre compte de la marge de manœuvre des États dans l'économie.
- 16.** Historiquement, de l'État gendarme inspiré des thèses libérales orthodoxes chères à Adam Smith et David Ricardo, et affirmant le primat du marché sur l'État, on est passé à un État

¹⁵ Op. Cit.

¹⁶ Op. Cit..

¹⁷ Qui ont toujours été influencées par la réalité des débats doctrinaux, et par les évolutions de la société.

interventionniste et même dirigiste, sous l'influence des thèses keynésiennes modulées par les évolutions de la société¹⁸. Ce cheminement non linéaire, caractérisé par une montée en puissance du rôle de l'État dans l'économie, a abouti à la remise en cause à la fin des années 1970, notamment au sein de l'OCDE, des options keynésiennes.

- 17.** Aujourd'hui, le constat que l'on peut faire est celui du resserrement de la marge de manœuvre des États, dû particulièrement à l'ouverture commerciale dans le cadre de l'OMC et de l'Union européenne.
- 18.** Cet état de fait se vérifie aisément en matière de politique conjoncturelle. En effet, dans les pays de la zone euro, la politique monétaire a été placée sous la tutelle de la Banque Centrale Européenne. Plus généralement, les politiques budgétaires, bien qu'étant du ressort des États, se révèlent être une arme factice cantonnée à la gestion des déficits, et ce compte tenu de la croissance exponentielle de la dette publique.
- 19.** Le constat est le même sur le plan des politiques structurelles. En effet, après la dépression des années 1930, après la seconde guerre mondiale, suite au discrédit de l'économie de marché et du constat de l'inaptitude de ce dernier à répondre aux besoins de reconstruction et de modernisation, on a assisté notamment en France, à la mise en place de politiques structurelles volontaristes articulées autour de la constitution d'un vaste secteur public¹⁹ et de la mise en place d'une planification indicative avec le Commissariat Général au Plan créé en 1945.
- 20.** Cependant, à partir des années 1970, on voit émerger une inflexion libérale des politiques structurelles, liées notamment aux contraintes imposées par l'environnement international²⁰.
- 21.** De toutes les contraintes exogènes qui ont impacté les politiques structurelles étatiques, les politiques industrielles et de la concurrence de l'Union européenne²¹ sont celles qui ont fini par réduire de façon significative la liberté d'intervention économique des États. En effet, la politique de la concurrence, axée sur la nécessité de restaurer les mécanismes du marché et de

¹⁸ Crises économiques, guerre, relance.

¹⁹ Par les nationalisations...

²⁰ OMC, Union Européenne.

²¹ Axées sur le maintien du processus concurrentiel et la libéralisation des marchés.

favoriser l'initiative individuelle, a conduit au changement de tutelle sur la surveillance et la prohibition des pratiques anticoncurrentielles, sur le contrôle des concentrations²², sur les aides d'Etats qui sont désormais de la compétence des autorités européennes²³.

- 22.** Corrélativement, on assiste à un changement du périmètre et du statut du secteur public. Pour exemple, de l'extension graduelle historique du secteur public en France à partir du noyau régalien, on est passé aujourd'hui à un redéploiement, dû certes aux contraintes technologiques, économiques, financières, sociales, mais surtout, aux impératifs de la construction européenne. Du "*tout Etat*" on est passé à "*l'Etat minimal*". Ainsi, de *jure*, les instances communautaires, dans le cadre des traités, ont tracé les contours de la notion de service public, d'abord à travers le concept de SIEG²⁴, et ensuite celui de "*services non économiques d'intérêt général*"²⁵. Affirmant une conception "*matérielle*" ou "*fonctionnelle*" du service public, ces évolutions ont contraint les États à rompre avec les politiques consistant à investir des pans entiers de la société, avec comme conséquence la remise en cause des grands réseaux de service public²⁶ et la réduction du secteur public²⁷.
- 23.** Plus significatif encore, face à la recrudescence de la délinquance, on assiste aujourd'hui à un abandon des fonctions régaliennes d'ordre public et de sécurité publique au profit des entreprises de sécurité privée.

²² Dont on sait les bénéfices qu'elles (concentrations) peuvent avoir en matière de consolidation du tissu industriel.

²³ Lorsque les seuils communautaires sont atteints.

²⁴ La notion de service public n'est évoquée qu'incidemment à propos des transports. D'après les règles du traité, les "*services d'intérêt économique général*" sont assujettis à l'ensemble des principes fixés par le droit de l'Union et notamment les règles de la concurrence. Une dérogation justifiée par la nature particulière de ces missions est cependant admise mais sous le contrôle strict des autorités de l'Union.

²⁵ La Commission, dans sa communication du 20 novembre 2007 précise : "*Services non économiques : ces services, qui comprennent, par exemple, les prérogatives étatiques traditionnelles, telles que la police, la justice et les régimes légaux de sécurité sociale, ne sont soumis ni à une législation communautaire spécifique, ni aux règles du traité relatives au marché intérieur et à la concurrence. Certains aspects de l'organisation de ces services peuvent être régis par d'autres règles du traité, comme le principe de non discrimination*". Selon l'autorité européenne, "*la question de savoir si un service considéré comme étant d'intérêt général par un Etat membre est de nature économique ou non économique doit être appréciée à la lumière de la jurisprudence de la CJCE. En tout état de cause, les Etats membres ne pourront pas considérer tous les services relevant d'un domaine particulier, par exemple les services d'éducation, comme des services d'intérêt général non économiques*".

²⁶ De ce point de vue, il a été imposé aux états de dissocier les différents aspects d'activités qui étaient jusqu'alors considérés comme indissociables. Le service public se trouvant alors cantonné à la fourniture de biens essentiels et la régulation des mécanismes de marché.

²⁷ Illustre notamment par l'évolution des systèmes de sécurité sociale qui cantonnent le service public au système de sécurité obligatoire, permettant au secteur privé de prendre en charge le système d'assurance complémentaire.

24. Parallèlement, la réduction du périmètre du secteur public a été accompagnée d'une remise en cause de son mode de fonctionnement. En effet historiquement, dans une logique visant à les soustraire de la logique marchande, les services publics avaient été dotés notamment en France, d'un statut monopolistique les mettant à l'abri de la concurrence, et renforçant par voie de conséquence la main mise de l'État sur l'économie. La pression de l'Union européenne est venue remettre en cause cet édifice. En effet, structuré notamment autour du critère de "*l'activité économique*" comme condition de l'application des règles de la concurrence, le droit de l'Union a imposé l'ouverture progressive des grands réseaux de service public à la concurrence. L'objectif étant de permettre l'entrée sur les marchés antérieurement fermés de nouveaux opérateurs, et de créer les conditions d'une concurrence égale entre le public et le privé.

25. En France, l'examen de plusieurs domaines antérieurement soumis à la logique de monopole illustre cette évolution.

26. Ainsi, dans le domaine des télécommunications, la loi du 26 Juillet 1996, transposant la directive n° 96/19/CE du 13 mars 1996 a généralisé la concurrence à l'ensemble des infrastructures et des services. De plus, le "*Paquet Telecom*" - composé d'une directive cadre²⁸ et de directives spécifiques²⁹ -, modifié par les règlements CE n°s 717/2007³⁰ et 544/2009,³¹ et

²⁸ Directive n° 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JO n° L 108 du 24 avril 2002, p. 0033 - 0050.

²⁹ Directive n° 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive "*autorisation*"), JO n° L 108 du 24 avril 2002, p. 0021 – 0032. ; Directive n° 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive "*accès*"), JO n° L 108 du 24 avril 2002, p. 0007 – 0020. ; Directive n° 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "*service universel*"), JO n° L 108 du 24 avril 2002, p. 0051 – 0077. ; Directive n° 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive "*vie privée et communications électroniques*"), JO n° L 201 du 31 juillet 2002, p. 0037 - 0047.

³⁰ Règlement du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2007 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté et modifiant la directive n° 2002/21/CE, JO n° L 171/32 du 26 juin 2007. ; Directive n° 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive n° 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, JO n° L 172/32 du 26 juin 2007.

³¹ Règlement du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 modifiant le règlement (CE) n° 717/2007 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté et la directive n°

par la directive n° 2009/140/CE³², a permis la mise en place de règles visant à simplifier les conditions d'entrée sur le marché. Le *paquet Télécom* a été transposé en France par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques³³, et par l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011³⁴.

27. Dans les *services postaux*, le processus de libéralisation a été initié par une directive du 15 décembre 1997³⁵, transposée en France par l'article 19 de la loi du 25 juin 1999³⁶. Cette directive a ensuite été modifiée par la directive n° 2002/39/CE³⁷ du 10 juin 2002, transposée en France par la loi du 20 mai 2005³⁸ relative à la régulation des activités postales, qui a prévu un processus en plusieurs étapes ayant débouché en 2011³⁹ sur la libéralisation complète du marché⁴⁰.

28. Dans les secteurs de l'électricité et du gaz, l'ouverture du marché a été initiée par les directives du 16 décembre 1996⁴¹ et du 22 juin 1998⁴², lesquelles ont été transposées en France par la loi

2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JO n° L 167 du 29 juin 2009.

³² Directive du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, (modifiant les directives n° 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, n° 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et n° 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques), JO n° L 337/37 du 18 décembre 2009.

³³ JORF n° 159 du 10 juillet 2004, p. 12483.

³⁴ JORF du 26 Août 2011.

³⁵ Directive n° 97/67/CE du Parlement Européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, JO. n° L 015 du 21 janvier 1998, p. 0014 - 0025.

³⁶ LOI n° 99-533 du 25 juin 1999 d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire et portant modification de la loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, JORF n°148 du 29 juin 1999, p. 9515.

³⁷ Directive du Parlement européen et du Conseil du 10 juin 2002 modifiant la directive n° 97/67/CE en ce qui concerne la poursuite de l'ouverture à la concurrence des services postaux de la Communauté, JO n° L 176 du 5 juillet 2002, p. 0021 - 0025.

³⁸ Loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales, JORF n° 117 du 21 mai 2005, p. 8825, modifiée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

³⁹ Conformément à la directive n° 2008/6/CE du Parlement et du Conseil du 20 février 2008 modifiant la directive n° 97/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté. Notons Cependant que le délai de libéralisation du marché postal a été repoussé à 2013 pour les nouveaux États membres, et pour certains États ayant une topographie difficile comme la Grèce et ses nombreuses îles.

⁴⁰ Avec la transformation de la poste en Société Anonyme.

⁴¹ Directive n° 96/92/CE du parlement européen et du conseil du 19 décembre 1996 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, JO n° L 027 du 30 janvier 1997, p. 0020 - 0029.

⁴² Directive n° 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, JO n° L 204 du 21 juillet 1998, p. 0001 - 0012.

du 10 février 2000⁴³ pour l'électricité, et par celle du 3 janvier 2003⁴⁴ pour le gaz⁴⁵. Ces directives ont par la suite été abrogées par les directives n^{os} 2003/54/CE⁴⁶ et 2003/55/CE⁴⁷ - lesquelles ont été transposées par une loi de 2006⁴⁸ -, elles même abrogées par les directives n^{os} 2009/72/CE⁴⁹ et 2009/73/CE⁵⁰. Ces derniers textes ont été transposés par la loi du 6 janvier 2011⁵¹, qui a autorisé le gouvernement français à s'y conformer par voie d'ordonnance. La réglementation européenne a en substance permis de construire un marché intérieur de l'énergie, cassant par voie de conséquence le monopole des opérateurs publics historiques. En effet, sous l'impulsion du droit de l'Union, le libre choix du fournisseur et la liberté d'établissement ont été respectivement garantis aux consommateurs et aux producteurs d'énergie. De plus, les États membres se doivent d'assurer aux opérateurs, un accès aux réseaux de transport et de distribution dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires.

29. Dans les secteurs des transports ferroviaires, la libéralisation a été entamée par la directive n^o 91/440 du 29 juillet 1991⁵² relative au développement des chemins de fer communautaires, laquelle prévoyait la séparation entre l'exploitation des services et le réseau, et un droit d'accès à ce dernier. La mise en œuvre de ce droit d'accès fût facilitée par deux directives complémentaires : une directive concernant les licences des entreprises ferroviaires⁵³, et une

⁴³ Loi n^o 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, JORF n^o 35 du 11 février 2000, p. 2143.

⁴⁴ Loi n^o 2003-8 du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie, JORF du 4 janvier 2003, p. 265.

⁴⁵ Cette deuxième loi modifiant celle du 10 février 2000.

⁴⁶ Directive n^o 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive n^o 96/92/CE, JO n^o L 176 du 15 juillet 2003, p. 0037 - 0056.

⁴⁷ Directive du Parlement et du Conseil du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de gaz naturel, JOUE n^o L 167/57 du 17 juillet 2003.

⁴⁸ Loi n^o 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, JORF n^o 284 du 8 décembre 2006, p. 18531.

⁴⁹ Directive du Parlement et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, JOUE n^o L 211/55 du 14 août 2009.

⁵⁰ Directive du parlement et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de gaz naturel, JOUE n^o L 211/94 du 14 août 2009.

⁵¹ LOI n^o 2011-12 du 5 janvier 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne, JORF n^o 0004 du 6 janvier 2011, p. 369.

⁵² JO n^o L 237 du 24/08/1991, p. 0025 - 0028.

⁵³ Directive n^o 95/18/CE du Conseil du 19 juin 1995, JO n^o L 143 du 27 juin 1995, p. 0070 - 0074.

directive sur les redevances d'utilisation d'infrastructures⁵⁴. Après l'amorce de concurrence induite par la directive de 1991, et sous le vocable de "*paquet ferroviaire*", les autorités de l'Union européenne ont pu adopter un ensemble de directives précisant les activités effectivement couvertes par ce mouvement de libéralisation⁵⁵. Le premier paquet ferroviaire, modifiant la directive de 1991⁵⁶ était composé de trois directives, dont la principale⁵⁷ fixait au 15 mars 2003 au plus tard, l'ouverture de l'accès aux services de fret internationaux sur le réseau transeuropéen de fret ferroviaire. Le second paquet ferroviaire était quant à lui composé de cinq directives dont la principale⁵⁸ prévoyait l'ouverture généralisée du fret au plus tard au premier janvier 2007. Le troisième paquet ferroviaire était composé de trois directives dont la principale⁵⁹ prévoyait l'ouverture⁶⁰ à la concurrence du service de transport international de voyageurs. Enfin, le quatrième paquet ferroviaire, en cours de discussion, prévoit l'ouverture du marché de services nationaux de transport de voyageurs par chemin de fer.

⁵⁴ Directive n° 95/19/CE du Conseil du 19 juin 1995 JO n° L 143 du 27 juin 1995, p. 0075 - 0078.

⁵⁵ Fret, transport voyageurs, transport international, cabotage...

⁵⁶⁵⁶ Op. Cit.

⁵⁷ Directive n° 2001/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001, modifiant la directive n° 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires, JOCE n° L 75/1 du 15 mars 2001.

⁵⁸ Directive n° 2004/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 modifiant la directive n° 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires, JOUE n° L 220/58 du 21 juin 2004.

⁵⁹ Directive n° 2007/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 modifiant la directive n° 91/440/CEE du Conseil relative au développement de chemins de fer communautaires et la directive n° 2001/14/CE concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire et la tarification de l'infrastructure ferroviaire, JO L 315, du 3 décembre 2007, p.44.

⁶⁰ Cette ouverture du trafic de voyageurs a été notamment organisée par la directive dans les conditions suivantes :

- le service international de voyageurs est ouvert, au plus tard le 1er janvier 2010 : "*Les entreprises ferroviaires (établies dans un État membre) se voient accorder, au plus tard le 1er janvier 2010, un droit d'accès à l'infrastructure de tous les États membres aux fins de l'exploitation de services internationaux de transport de voyageurs*" (article premier, point 8) ;
- le service international est doublé d'une possibilité de cabotage, c'est-à-dire la possibilité de prendre et déposer des voyageurs en cours de route dans un même pays (Munich/Strasbourg/Paris, avec la possibilité de prendre des voyageurs à Strasbourg) : "*Au cours d'un service international de transport de voyageurs, les entreprises ferroviaires ont le droit de prendre et de déposer des voyageurs dans toute gare située sur le trajet international, y compris dans des gares situées dans un même État membre*". (article premier, point 8).

Par ailleurs, La question de la date d'ouverture a été amplement débattue. En effet, la version initiale présentée par la Commission prévoyait une libéralisation du trafic international en 2012 et du trafic national en 2015. Le Parlement européen avait tout d'abord souhaité avancer les deux dates respectivement à 2008 et 2012, puis avait adopté un amendement avançant la date d'ouverture du trafic international de voyageurs à 2010 et repoussant celle du trafic domestique à 2017. Le texte final adopté par le Parlement européen et le Conseil, conserve l'échéance du 1er janvier 2010 pour le trafic international, mais ne fait plus mention de trafic national.

30. C'est donc dans ce contexte de réduction de leur capacité d'intervention économique, que les États membres de l'Union, s'appuyant sur la doctrine du patriotisme économique, ont pu recourir à des outils permettant de défendre leurs entreprises stratégiques contre les tentatives de prise de contrôle étranger. Pour ce faire, ces derniers n'ont pas hésité à pérenniser leur droit de regard sur les entreprises anciennement publiques, par le biais d'actions spécifiques définies comme "*des titres représentatifs du capital d'une société qui confèrent à leur titulaire des droits qui lui sont propres au delà de son seul pouvoir d'associé et au delà de la quotité du capital social détenu*"⁶¹. Ont tout aussi bien pu être mises sur pied, des dispositions légales règlementant les relations financières avec l'étranger, et conférant aux autorités publiques le pouvoir de contrôler les investissements étrangers à destination de certains secteurs stratégiques. Complétant ce dispositif, certains États membres ont pu créer des fonds stratégiques d'investissement dans le but de prendre des participations dans les entreprises financièrement vulnérables, afin d'éviter que ces dernières ne passent sous pavillon étranger. Corrélativement, pour renforcer la position concurrentielle de certaines entreprises d'importance stratégique, le recours à l'octroi de droits exclusifs et spéciaux a pu apparaître comme une arme efficace.

31. De tels comportements, quoique traduisent notamment le souci pour les gouvernements de remplir les missions qui sont au cœur de leur légitimation politique, n'en sont pas moins une source de contradictions avec le droit de l'Union. Il importe dès lors d'évoquer leur encadrement juridique (*Partie I*). Cependant, cette régulation révèle une opposition systématique aux patriotismes économiques nationaux qui se révèle être inefficace. En effet, la réalité du patriotisme économique montre la prévalence de l'impératif de défense des

⁶¹ Marie-Anne Frison-Roche, "*les conditions de validité des Golden shares dans les entreprises publiques privatisées*", note sous CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/France*, Recueil Dalloz 2002, p. 2242. Voir aussi Gilbert Parleani, "*Actions spécifiques: les entraves aux libertés de circulation doivent provenir des mesures imputables à un État membre et non au droit des sociétés*", note sous CJCE 8 juillet 2010, *Commission c/ Portugal*, Revue des sociétés 2010, p. 514. ; Gérard Jazottes, "*Les prérogatives des États membres liées aux actions spécifiques (golden shares) doivent respecter les règles fondamentales du traité*", note sous CJCE 4 juin 2002, *Commission c/France, Commission c/ Portugal, Commission c/ Belgique*, RTDcom. 2003, p. 598. ; Nicola Ruccia, "*Forme et contenu des actions spécifiques dans les États membres de l'Union européenne*", RAE 2001, n° 2, p. 403-420.

entreprises stratégiques sur le respect du droit de l'Union. En témoigne l'adoption, au mépris de ce droit, du récent décret⁶² français élargissant les secteurs devant être soumis à contrôle des investissements étrangers. Un tel comportement, qui traduit par ailleurs l'incapacité des autorités de l'Union à apporter une réponse appropriée aux agissements de ses partenaires économiques, qui eux, n'hésitent pas à protéger leurs fleurons nationaux, invite à réfléchir sur un déplacement de curseur vers une approche dynamique, intégrant les préoccupations des États, et agrégée autour du concept de patriotisme économique européen (*Partie II*).

⁶² Op. Cit.

PARTIE I : PATRIOTISME ÉCONOMIQUE ET DROIT
DE L'UNION EUROPÉENNE : QUEL
ENCADREMENT?

32. Pour protéger leurs entreprises stratégiques notamment anciennement publiques, les États peuvent s'appuyer sur des dispositifs de contrôle des investissements étrangers et/ ou d'immixtion dans la gestion des entreprises stratégiques. Ces dispositifs combinent deux techniques:

- Le contrôle direct des investissements étrangers au travers de dispositions légales réglementant les relations financières avec l'étranger.
- Le contrôle des prises de participation dans le capital des entreprises stratégiques et l'immixtion dans leur gestion au travers d'actions spécifiques. De tels outils dérogatoires du droit commun des sociétés sont mis en place par des dispositions nationales combinées notamment aux statuts des sociétés mises sous protection. Le but de la création des actions spécifiques est de conférer aux États des pouvoirs spéciaux permettant :
 - d'interdire, de soumettre à autorisation préalable, ou à opposition a posteriori, les prises de participation dans le capital des entreprises stratégiques et/ou;
 - de se réserver des pouvoirs spéciaux dérogatoires du droit commun des sociétés, à l'exemple des droits de veto applicables aux décisions stratégiques, et permettant aux États de s'immiscer dans la gestion des entreprises stratégiques.

33. Cette démarche protectrice est susceptible d'entraver le fonctionnement du marché unique et d'entrer en contradiction avec les règles de la libre circulation. En effet, ancrées dans le paysage juridique européen depuis le Traité de Rome de 1957, les règles de la libre circulation sont déclinées notamment en principes de la liberté d'établissement et de la libre circulation des capitaux. Le principe de la liberté d'établissement est consacré par l'article 49 al. 1 du TFUE, qui pose le principe de l'interdiction des "(...), restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre". Le principe de

la libre circulation des capitaux est quant à lui consacré par l'article 63, §1, du TFUE qui prohibe "(...) *toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers (...)*".

34. Corrélativement, Pour protéger leurs entreprises stratégiques, outre les interventions visant à instituer des dispositifs légaux de contrôle des investissements étrangers, les États peuvent s'appuyer sur les prises de participations dans le capital de telles entreprises, en vue de sécuriser leur capital et d'éviter que celles-ci ne passent sous pavillon étranger. Ils peuvent tout aussi bien leur octroyer des droits exclusifs ou spéciaux aux fins de renforcer leur position concurrentielle. Ces outils de protections peuvent heurter les principes de la libre concurrence. En effet, visant à assurer que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur, en veillant à ce que des règles similaires s'appliquent à l'ensemble des entreprises qui y opèrent, le titre VII, chapitre 1, du TFUE pose la base des règles communautaires en matière de concurrence. Ces règles s'adressent tant aux entreprises qu'aux États.

35. S'agissant des Entreprises, les articles 101 et 102 du TFUE prohibent les ententes et les abus de position dominante. En outre, devant le risque de restriction de concurrence consécutif aux opérations de fusion ou de rachat d'une entreprise, l'Union européenne, à travers la compétence conférée à la Commission par le règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004⁶³, contrôle, et si nécessaire interdit ou soumet à conditions les opérations de concentration de dimension communautaire

36. S'agissant des États, l'article 107, § 1 du TFUE, en disposant que "*sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. (...)*", pose le principe d'interdiction des aides d'État. De plus, le règlement n° 139/2004 du 20 janvier

⁶³ Règlement n° 139/2004/CE du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE n° L 24 du 29 janvier 2004.

2004⁶⁴, enlève toute compétence aux Etats quant au contrôle des concentrations de taille communautaire.

- 37.** S'agissant toujours de l'appréhension du comportement des Etats, l'article 106 §1 du TFUE dispose que ces derniers, " (...), *en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus.(...)*". Cette disposition, combinée à la prohibition des abus de position dominante consacrée par l'article 102 du TFUE, a permis aux autorités européennes de mettre en place les théories de *l'abus automatique* et des *facilités essentielles*, aux fins d'appréhender les dispositions nationales octroyant des droits exclusifs ou spéciaux de façon abusive.
- 38.** Si les risques de contradictions entre les outils de protection des entreprises stratégiques et le droit de l'Union existent, il faut cependant dire qu'ils ne sont pas absolus. En effet, le TFUE, en ses articles 51, 52, 65 et 346 §1, prévoit des dérogations à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux fondées sur des motifs liés à la santé publique, à l'ordre public, à l'autorité publique, ou encore lorsque l'activité en cause participe à l'exercice de l'autorité publique. De plus, ces dispositions permettent des dérogations lorsque l'activité faisant l'objet de la restriction touche à la défense de l'État. Dans le même sens, la jurisprudence ouvre la faculté aux Etats de justifier les restrictions aux principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement en invoquant les raisons impérieuses d'intérêt général.
- 39.** Les règles afférentes à la libre concurrence souffrent elles aussi de tempéraments prévus notamment par le traité et le règlement CE n° 139/2004⁶⁵. Ce texte envisage en substance la compétence des États lorsque l'opération de concentration, quoique de taille communautaire, touche à des intérêts liés au domaine militaire, à la sécurité publique et à la pluralité des médias.

⁶⁴ Op. cit.

⁶⁵ Op. cit.

40. S'agissant du droit des aides d'État, les prises de participations en vue de sécuriser le capital des entreprises stratégiques seront qualifiées d'aides d'État au sens de l'article 107, §1 du TFUE, si elles remplissent trois conditions cumulatives. Elles doivent être d'origine étatique, conférer à l'entreprise bénéficiaire un avantage économique, et enfin être sélectives. Cependant, le caractère cumulatif des ces conditions permet d'échapper à la qualification d'aide lorsqu'un critère n'est pas rempli. Les États peuvent donc contourner un seul des critères pour faire échapper aux prises de participations, la qualification d'aide.
41. Quant à l'octroi abusif de droits exclusifs ou spéciaux, il peut être justifié par l'article 106, §2, qui dispose que "*les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. (...)*".
42. Au total, l'étude de l'encadrement des interventions des États visant à protéger leurs entreprises stratégiques exige que l'on examine les risques de contradictions (**Titre I**), ainsi que les possibles conjonctions entre ces dernières et le droit de l'Union Européenne (**Titre II**).

**Titre I : Un Encadrement révélant des risques de
contradictions**

43. Les dispositifs de contrôle des investissements étrangers et/ou d'immixtion dans le capital des entreprises stratégiques au moyen de dispositions nationales réglementant les relations financières avec l'étranger, ou instituant des actions spécifiques, peuvent entrer en contradiction avec les principes du libre établissement et de la libre circulation des capitaux.
44. En outre, ces dispositifs protecteurs, permettent aux Etats de mettre en place des régimes *d'interdiction, d'autorisation préalable, ou d'opposition a posteriori* applicables aux investissements étrangers. En s'arrogeant de tels pouvoirs, les Etats courent le risque de contrarier, au-delà du seuil communautaire, la compétence exclusive de la Commission en matière de concentration fixée par le règlement n°139/2004 du 20 janvier 2004⁶⁶.
45. De plus, l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux, lorsqu'il est fait de manière abusive, peut entrer en contradiction avec les théories de l'abus automatique et des facilités essentielles développées sur le fondement des articles 106, §1 *juncto* l'article 102 du TFUE.
46. Quant aux prises de participation dans le capital des entreprises stratégiques, elles peuvent de tomber sous le coup de l'interdiction posée par l'article 107 §1 du TFUE.
47. Au total, en mettant en œuvre les dispositifs précités de protection de leurs entreprises stratégiques, les États peuvent se mettre en porte à faux avec l'interdiction des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux (*Chapitre I*), ou avec les règles de la libre concurrence, lesquelles interdisent l'allocation des aides d'Etats, l'octroi abusif des droits exclusifs ou spéciaux, et le détournement de la compétence exclusive de la commission en matière de contrôle des concentrations de taille communautaire (*Chapitre II*).

⁶⁶ Op. cit.

Chapitre I : Patriotisme économique et risque de violation

de la prohibition des restrictions aux principes de la libre

circulation des capitaux et du libre établissement

48. S'inscrivant dans le cadre général de la libre circulation des personnes, le principe de la liberté d'établissement, régi par les articles 49 à 55⁶⁷ du TFUE, suppose la participation à la vie économique d'un Etat autre que son Etat d'origine. La réalisation de cette liberté s'est faite à travers un processus de libéralisation amorcé par l'ex article 53 du TCEE, qui a posé une obligation de "*standstil*" prohibant aux États membres toute nouvelle restriction à la liberté d'établissement. Quant aux restrictions antérieurement établies, l'article 52 du TCEE prévoyait qu'elles devaient être progressivement supprimées au cours d'une période de transition devant s'achever au 1^{er} janvier 1970.

49. Sous le visa de ces dispositions, le Conseil a adopté le 18 décembre 1961 un "*programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement*". Sur la base de ce programme, des directives d'harmonisation des conditions de qualification exigées pour chaque activité ou secteur professionnel devaient être adoptées. Cependant, malgré le travail entrepris, le processus d'harmonisation n'était pas complètement réalisé. C'est dans ce contexte que la Cour de justice des Communautés européennes, pour pallier les problèmes liés à la fin de la période transitoire, et donner plein effet à la liberté d'établissement, a affirmé dans l'arrêt *Reyners*⁶⁸ l'"*effet direct*" de l'article 43 du TCE⁶⁹. Dans cette affaire, le raisonnement de la Cour s'appuyait sur l'idée que l'article 52 du TCEE prescrivait une

⁶⁷ Ex articles 43 à 48 du Traité instituant la communauté européenne (TCE), ex articles 52 à 58 du Traité instituant la Communauté Economique Européenne ci après TCEE.

⁶⁸ CJCE, 21 juin 1974, aff. C-2/74, Rec., p. 631.

⁶⁹ Ex article 52 du TCEE, aujourd'hui article 49 du TFUE.

obligation de résultat précise dont l'exécution devait être facilitée, mais surtout pas conditionnée par la mise en œuvre d'un programme de mesures progressives. Le fait que cette progressivité n'ait pas été pleinement mise en œuvre laisse entière l'obligation au-delà du terme prévu.

50. La libre circulation des capitaux a quant à elle connu une évolution plus prudente, en raison des craintes qu'elle inspirait aux États⁷⁰. Prévue à l'origine par les articles 67 et suivants du TCEE, la libéralisation des mouvements de capitaux n'était envisagée que de manière restrictive et accessoire. Cette libéralisation n'incluait en effet dans son champ d'application que les mouvements de capitaux appartenant à des personnes résidants dans les Etats membres, ainsi que les paiements courants afférents aux Etats membres. Cette disposition ne prévoyait la suppression progressive des restrictions aux mouvements des capitaux que dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché commun. Dans le souci d'assurer la mise en œuvre du principe posé par les articles 67 et suivants du TCEE, le Conseil a adopté la directive n° 88/361/CEE du 24 Juin 1988⁷¹, laquelle prévoyait notamment, la suppression des restrictions aux mouvements de capitaux entre les Etats membres, mais aussi entre ces derniers et les pays tiers. Reprenant largement les dispositions de la directive, le Traité de Maastricht, consacrait à travers l'article 73B du TCE⁷², la libéralisation générale des mouvements de capitaux et des paiements, les Traités ultérieurs n'apportant pas de nouveauté significative⁷³.

51. Ces précisions générales peuvent laisser croire que ces deux libertés évoluent de façon opposée. Il n'en est rien, car celles-ci nous semblent particulièrement étroites. Ainsi, en pratique, le droit d'établissement constitue-t-il fréquemment un préalable aux mouvements de capitaux. L'analyse de la jurisprudence démontre qu'il n'est pas toujours facile de choisir entre l'application des dispositions relatives aux capitaux et celles qui se rapportent au droit

⁷⁰ Menace pour leur politique économique et monétaire, possible déstabilisation des taux de change, et risque d'évasion fiscale...

⁷¹ Directive n° 88/361 du Conseil du 24 juin 1988, JOCE n° L 178, du 08 juillet 1988, p. 0005 - 0018.

⁷² Désormais article 63 du TFUE.

⁷³ Sur l'évolution historique du principe de la libre circulation des capitaux, voir Blin Olivier, "*Capitaux*", Répertoire de droit européen, Dalloz.

d'établissement. La Cour a par exemple pu affirmer à propos d'un investissement direct, que les libertés de mouvement des capitaux et d'établissement étaient "*indissociables*"⁷⁴. Plus encore, l'institution juridictionnelle européenne a été amenée à se placer dans un premier temps sur le terrain des capitaux, pour préciser dans un second temps que le raisonnement qu'elle venait de développer valait également au regard de la liberté d'établissement⁷⁵. Cette démarche qui s'inscrit dans une optique globalisante, semble montrer de la part de la Cour, une volonté délibérée de dégager un régime commun aux deux libertés. Ce constat justifie dès lors, un examen non séparé de la légalité du patriotisme économique au regard des deux libertés.

52. Avant toute analyse, il importe de préciser que par souci de simplification, nous utiliserons le terme "*dispositifs de contrôle des investissements étrangers*" pour désigner les dispositions nationales relatives aux relations financières avec l'étranger et celles instituant les actions spécifiques.

53. Cette précision faite, si la condamnation des Etats lorsqu'ils adoptent les dispositifs de contrôle des investissements étrangers nécessite que soit constatée une violation de la prohibition par le droit de l'Union européenne des restrictions au libre établissement et à la libre circulation des capitaux, force est de constater que le droit originaire n'est pas précis quant au régime juridique de cette prohibition. Il est donc revenu à la jurisprudence d'apporter des précisions. À ce sujet, jugeant de la légalité des régimes instituant les actions spécifiques, la jurisprudence a progressivement isolé trois éléments dont la réunion est nécessaire pour que puisse être constatée l'existence d'une restriction au libre établissement et à la libre circulation des capitaux. Ainsi, l'action spécifique doit être de source étatique, elle doit ensuite viser les opérations matérielles entrant dans le champ d'application des deux libertés et avoir un caractère restrictif. Nous nous appuyerons sur cette démarche pour mettre en relief les circonstances permettant de dire que les dispositifs de contrôle des investissements étrangers

⁷⁴ CJCE, 4 juin 2002, aff. C-483/99, *Commission c/ France*, Rec., I. 4781 point 56.

⁷⁵ CJCE, 17 juillet. 2008, aff. C-207/07, *Commission c/ Espagne*, Rec., I. 111, point 60.

violent les principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement. Ces dispositifs ne seront ainsi contraires à ces principes qu'à la condition qu'ils soient reconnus comme étant d'origine étatique, qu'ils visent les opérations matérielles relevant des deux libertés (*Section I*), et qu'ils revêtent un caractère restrictif (*Section II*).

Section I : Identité de champ matériel et origine étatique
des dispositifs de contrôle des investissements étrangers
comme préalable à la violation des deux libertés

54. D'apparence simple lorsque le régime protecteur est mis en place directement et exclusivement par l'Etat, au travers notamment d'une loi ou d'un décret, comme c'est le cas des réglementations nationales relatives aux relations financières avec l'étranger, la démonstration de l'origine étatique peut être moins évidente lorsque par l'effet de cascade, la mesure est initiée par une loi et relayée par une série d'actes notamment privés. C'est toute la problématique du mécanisme de création de certaines actions spécifiques.
55. En outre, pour être justiciables des règles de la libre circulation, les dispositifs de contrôle des investissements étrangers doivent viser des opérations matérielles entrant dans le champ d'application des principes de la libre circulation des capitaux et de la liberté d'établissement. A ce sujet, si le constat a été fait de la dynamique de rapprochement des libertés de circulation des capitaux et du libre établissement, il n'en demeure pas moins que chacune d'elle garde une spécificité, du moins théorique.
56. Ce double constat commande dès lors qu'il soit apporté des précisions sur les circonstances permettant de conclure que les dispositifs de contrôle des investissements étrangers sont bien d'origine étatique (*Paragraphe I*), ainsi que sur celles permettant de dire que de tels dispositifs visent les opérations entrant dans le champ d'application matériel des deux libertés (*Paragraphe II*).

Paragraphe 1 : La nécessaire origine étatique
des dispositifs de contrôle des investissements
étrangers: une problématique propre aux
actions spécifiques

- 57.** De l'origine étatique des mesures supposées restrictives, la Cour a une conception traditionnelle qui l'amène à qualifier de "*nationales*", les mesures relevant des prérogatives normatives de l'Etat et de ses démembrements.
- 58.** Parallèlement, elle adopte une acception large qui l'a notamment amenée à dire dans une affaire⁷⁶ relative à la libre prestation de service, mais dont la portée est générale, que la prohibition des discriminations ou plutôt la nécessité de respecter les principes de la libre circulation, "*s'impose non seulement à l'action des autorités publiques mais s'étend également aux réglementations d'une autre nature*". Emboîtant le pas à la jurisprudence, l'article 4, point 7, de la directive n° 2006/123⁷⁷ définit les exigences a priori prohibées par le principe du libre établissement comme, "*toute obligation, condition ou limite*" prévue dans les dispositions normatives des États membres, dans les règles d'ordres ou d'organisations professionnelles, dans la jurisprudence, ou dans les pratiques administratives.
- 59.** Cette double conception trouve un écho dans la matière objet de notre étude. Car, si la mise en place des dispositifs de contrôle des investissements étrangers se fait au travers des actes initiés et mis en œuvre par l'autorité publique ou ses démembrements⁷⁸, elle l'est aussi par l'intermédiaire d'actes faisant intervenir des acteurs ou des actes privés, à l'exemple des actions spécifiques.

⁷⁶ CJCE, 12 décembre 1974, aff. C-36/74, *Walrave et Koch*, Rec., 1405, Conclusions Avocat Général Jean-Pierre Warner.

⁷⁷ JOUE, n° L 376 du 27 décembre 2006.

⁷⁸ Comme c'est le cas des dispositions nationales relatives aux relations financières avec l'étranger.

60. À la vérité, sous l'angle de l'origine étatique, la problématique posée au droit de l'Union européenne par les dispositifs de contrôle des investissements étrangers est moins celle des dispositions nationales règlementant les relations financières avec l'étranger⁷⁹ que celle des actions spécifiques. Ces dernières ont posé aux autorités de l'Union européenne quelques difficultés, lesquelles ont néanmoins été surmontées dans une démarche réaliste. Ainsi, si la démonstration de l'origine étatique des actions spécifiques dites de "*première génération*" n'a pas posé de problèmes particuliers (A), tel n'est pas le cas de celles dites de "*seconde génération*", car ces dernières ont été instituées dans une logique de maillage public/privé (B).

A) L'origine étatique incontestable des actions spécifiques dites de "*première génération*"

61. Le droit de l'Union européenne n'a pas eu de peine à appréhender les actions spécifiques dites de *première génération*. En effet, les mécanismes de création et de mise en œuvre de ces dernières, au moyen notamment de lois-cadres et de décrets d'applications, permettaient sans difficulté de décider de leur imputabilité aux Etats. L'analyse des premières actions spécifiques instituées dans certains Etats membres le démontre bien.

62. En France, l'action spécifique a été créée par la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités de privatisation des entreprises publiques⁸⁰. L'article 10 de cette dernière était en effet ainsi rédigé : "*Un arrêté du ministre chargé de l'économie... détermine pour chacune des entreprises (privatisées)... si la protection des intérêts nationaux exige ou non qu'une action ordinaire détenue ou acquise par l'État soit transformée en une action spécifique assortie des droits définis au présent article. Dans l'affirmative, ledit arrêté prononce cette transformation. (...). L'action spécifique peut, à tout moment, être définitivement transformée en action ordinaire par arrêté du ministre chargé de l'économie*". Cette loi donnait donc au Ministre de

⁷⁹ Ces dernières n'obéissant pas toujours à une logique de dilution de la responsabilité des Etats.

⁸⁰ JORF du 7 août 1986, p. 9695.

l'économie et des finances, le pouvoir de créer et de transformer par arrêté, une action spécifique au profit de l'Etat français dans des entreprises jugées stratégiques. Ce dernier, sur la base de cette disposition, procéda alors à la transformation d'une action ordinaire en action spécifique, conférant aux autorités publiques des pouvoirs spéciaux dans les sociétés *Havas* et *Aerospatiale Matra*⁸¹.

63. Le dispositif fut reconduit lors de la seconde vague de privatisations. Quoique assorti de quelques modifications rédactionnelles, le schéma restait le même, du moins sous l'angle de l'origine de la mesure. En effet, au terme de l'article 7 de la loi du 19 juillet 1993⁸², il revenait toujours au premier ministre, par décret, et non plus par arrêté, de déterminer si la protection des intérêts nationaux exigeait qu'une action spécifique soit instituée dans les sociétés transférées au secteur privé⁸³. Sur la base de la loi de 1993⁸⁴, le gouvernement français de l'époque adoptait le décret n° 93-1298 du 13 décembre 1993⁸⁵, instituant une action spécifique de l'État dans la société nationale *Elf-Aquitaine*.

64. Au Portugal, la mise en place des actions spécifiques ressortait notamment d'une loi cadre n° 11/90 du 5 avril 1990⁸⁶ et de plusieurs décrets d'application. L'article 13 paragraphe 3 de cette loi prévoyait la possibilité pour un texte ultérieur de "*limiter le montant des actions pouvant être acquises ou souscrites par l'ensemble des entités étrangères ou dont le capital est majoritairement détenu par des entités étrangères. Il pourra aussi fixer la valeur maximale de leur participation respective dans le capital social et le mode de contrôle correspondant, sous peine, dans les conditions qui auront été prévues, de vente forcée des actions dépassant ces limites, de perte du droit de vote conféré par ces actions, ou encore de nullité de ces acquisitions ou souscriptions*". Sur la base de cette loi cadre, le décret loi n° 380/93 du 15

⁸¹ Action spécifique transformée en action ordinaire lors de la création d'EADS par le regroupement d'*Aerospatiale* avec des sociétés issues d'autres Etats membres.

⁸² JORF n° 166 du 21 juillet 1993, p. 10255.

⁸³ Article 10, I, al. 1^{er} tel qu'issu de la loi du 19 juillet 1993.

⁸⁴ Op. cit.

⁸⁵ JORF du 14 décembre 1993, p. 17354.

⁸⁶ Diaro de republica I, série A, n° 80 du 5 avril 1990.

novembre 1993⁸⁷, en son article 1^{er} disposait en des termes clairs que "*l'acquisition, entre vifs, à titre gratuit ou onéreux, par une seule personne physique ou morale, d'action représentant plus de 10% avec droit de vote de même que l'acquisition d'actions qui, ajoutées à celles déjà détenues, dépassent ce seuil, dans des sociétés qui viendraient à faire l'objet d'une reprivatisation, sont soumises à autorisation préalable du ministre des finances(...)*". Le décret-loi n° 65/94 du 28 février 1994⁸⁸, adopté en application de la loi cadre précitée, disposait en son article unique qu'"*aux fins de l'application de l'article 13 paragraphe 3, de la loi 11/90, du 5 avril 1990, le plafond de participation d'entités étrangères dans le capital des sociétés dont le processus de reprivatisation est achevé est désormais fixé à 25%, sauf si un plafond supérieur a déjà été fixé par le texte qui a prévu leur reprivatisation*". La combinaison de ces textes d'origine exclusivement publique, permettait au gouvernement d'instaurer une interdiction faite aux ressortissants d'autres États membres d'acquérir plus d'un nombre défini d'actions dans certaines entreprises portugaises.

65. En *Belgique*, les textes visés étaient deux arrêtés royaux. L'un, du 10 juin 1994, instituant au profit de l'État une action spécifique dans la Société nationale de transport par canalisations⁸⁹. L'autre, du 16 juin 1994, instituant au profit de l'État une action spécifique dans Distrigaz⁹⁰. Ces arrêtés conféraient à l'État une action spécifique dans lesdites sociétés, lesquelles permettait au Ministre de l'énergie de s'opposer à certaines opérations portant atteinte aux intérêts nationaux dans le domaine de l'énergie. Elle lui permettait en outre, d'annuler toute décision du Conseil d'Administration contraire aux lignes directrices de la politique énergétique du pays.

66. En *Espagne*, la "*ley*" n° 5/95 du 23 mars 1995⁹¹, portant régime juridique de l'aliénation de participations publiques dans certaines entreprises, avait fixé un cadre juridique général

⁸⁷ Diaro da republica I, série A, n° 267 du 15 novembre 1993.

⁸⁸ Diaro da republica I, série A, n° 49 du 28 février 1994, p. 933.

⁸⁹ Moniteur belge du 28 juin 1994, p. 17333.

⁹⁰ Moniteur belge du 28 juin 1994, p. 17347.

⁹¹ BOE n°72, du 25 mars 1995, p. 9366.

afférent aux actions spécifiques. L'article 2 de cette loi précisait les entreprises visées par la loi⁹², alors que l'article 3 posait le principe de l'autorisation préalable applicable à certaines opérations⁹³. L'article 4 quant à lui renvoyait à un décret établi en Conseil des ministres, le soin d'établir le régime d'autorisation administrative préalable, sur proposition du ministre matériellement compétent. Sur la base de cette habilitation, le gouvernement a pris les décrets royaux numéros 3/1996⁹⁴, 8/1997⁹⁵, 40/1998⁹⁶, 552/1998⁹⁷ et 929/1998⁹⁸, prévoyant un régime d'autorisation applicable à des entités opérant dans les secteurs du pétrole, des télécommunications, de la banque, du tabac et de l'électricité.

67. Devant l'ampleur prise par la technique de l'action spécifique, la Commission, dans une communication du 19 Juillet 1997⁹⁹, rappelait le risque que faisait peser l'institution de tels instruments sur les principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement.

Par la Suite, elle introduisait plusieurs recours devant la Cour aux termes desquels

⁹² A savoir "(...) 1. les entités à caractère commercial qui, à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, comptent une participation directe ou indirecte de l'État dans leur capital social supérieure à 25 % et sont contrôlées par l'associé étatique par l'un quelconque des moyens prévus par la législation commerciale applicable, pour autant que l'activité exercée par l'entité elle-même ou par le biais d'une participation dans d'autres sociétés présente l'une des composantes suivantes:

a) fournir des services essentiels ou des services publics formellement déclarés comme tels;
b) exercer des activités soumises par la loi et pour des raisons d'intérêt public à un régime administratif de contrôle spécifique, en particulier des sujets qui les exercent;
c) être soustraite en tout ou en partie à la libre concurrence aux termes de l'article 90 du traité instituant la Communauté économique européenne;

2. les entités à caractère commercial qui font partie d'un groupe, déterminé conformément à l'article 4 de la loi n° 24/1988, du 28 juillet 1988, relative au marché des valeurs, dans lequel l'une ou l'autre des entités mentionnées au point 1 ci-dessus détient une position dominante, pour autant qu'elles remplissent l'une des conditions visées aux passages sous a), b) et c) dudit point".

⁹³ Telles la dissolution volontaire, la scission ou la fusion de l'entité, l'aliénation ou la mise en gage, sous quelque forme et à quelque titre que ce soit, des actifs ou participations sociales nécessaires à la réalisation de l'objet social de l'entreprise et définis à cet effet, la modification de l'objet social (Article 3 paragraphe 1 sous a) b) c)) ou encore les opérations consistant en des actes de cession du capital social entraînant, en une seule fois ou en plusieurs actes successifs, la réduction d'un pourcentage égal ou supérieur à 10 % de la participation publique dans l'entreprise soumise au régime spécial prévu dans la présente loi, ou l'acquisition directe ou indirecte, y compris par l'entremise de tiers fiduciaires ou intermédiaires, de participations au capital social ou d'autres valeurs pouvant ouvrir, directement ou indirectement, un droit à la souscription ou à l'acquisition de ces participations, lorsqu'elle entraîne la détention d'au moins 10 % du capital social... (Article 3 paragraphe 2 sous a) b)).

⁹⁴ Relatif à *Repsol SA.*, BOE n° 14 du 16 janvier 1996, p. 1133.

⁹⁵ Relatif à *Telefonica de Espagna SA* et à *Telefonica Servicio Moviles SA.*, BOE n° 10 du 11 janvier 1997, p. 907.

⁹⁶ Relatif à *Corporacion Bancaria de espagna SA (Argentaria)*, BOE n° 15 du 17 janvier 1998, p.1851.

⁹⁷ Relatif à *Tabacalera*, BOE n° 80 du 3 avril 1998, P. 11370.

⁹⁸ Relatif à *Endesa SA*, BOE n° 1129 du 30 mai 1998, p. 17939.

⁹⁹ JO n° C 220 du 19 juillet 1997, p. 0015- 0018.

plusieurs États furent condamnés¹⁰⁰. Suite à cette censure, certains États se tournèrent vers les actions spécifiques dites de *seconde génération*, dont les privilèges étaient organisés non seulement en vertu de mesures réglementaires relevant du droit public, mais également et principalement conformément aux techniques offertes par le droit commun des sociétés.

B) L'origine étatique discutée des actions spécifiques dites de "*seconde génération*"

68. Les actions spécifiques dites de *seconde génération* permettaient à l'État d'agir, non pas seulement en tant que puissance publique, mais aussi en tant qu'actionnaire dont les prérogatives spéciales découlaient des statuts de l'entreprise privatisée, notamment combinés aux textes réglementaires et législatifs généraux ou spéciaux. Ce nouveau dispositif permettait à l'État de se muer en actionnaire ordinaire pour éviter que la mesure instituant l'action spécifique ne soit qualifiée d'étatique. Cette logique ingénieuse de maillage public/privé a été utilisée par plusieurs États de l'Union Européenne¹⁰¹.

69. Pour exemple, saisie par la Commission au motif que l'action spécifique que détenait le gouvernement néerlandais dans le capital des sociétés *KPN* et *TPG* enfreignait les règles de la libre circulation, la Cour a jugé qu'était une mesure nationale, l'aménagement du droit commun en faveur dudit État sans l'intervention d'un texte législatif ou réglementaire¹⁰².

70. Selon les faits de l'espèce, l'entreprise d'État néerlandaise en charge de la poste, de la télégraphie et de la téléphonie avait été transformée en une Société Anonyme dénommée *Koninklijke PTT Nederland NV*. Cette entreprise avait par la suite été privatisée en deux phases

¹⁰⁰ Notamment, CJCE, 23 mai 2000, aff. C- 58/99, *Commission c/ Italie*, Rec, I. 03811. ; CJCE, 4 juin 2002, aff. C-367/98, *Commission c/ Portugal*, Rec., I. 04731. ; CJCE, 4 juin 2002, aff. C-483/99, *Commission c/ France*, Rec., I. 04781. ; CJCE 13 mai 2003, aff. C- 463/00, *Commission c/ Espagne*, Rec., 04581.

¹⁰¹ En ce sens voir, Hugues Bouthinon-Dumas, Anastasia Sotiropoulou, "*Pour quelles raisons les privilèges des actionnaires publics fondés sur le droit des sociétés entravent-ils la liberté de circulation des capitaux ? Analyse critique de la jurisprudence de la CJCE sur les golden shares de seconde génération*", RDBF n° 3, Mai 2009, étude 21.

¹⁰² CJCE, 28 septembre 2006, *Aff. Jtes. C-282/04 et C-283/04, Commission c/ Pays-Bas*, Rec., I. 06141.

successives. A l'occasion de cette privatisation, les statuts de *Koninklijke PTT Nederland NV* avait été modifiés afin d'introduire une action spécifique au profit de l'État néerlandais. En 1998, *Koninklijke PTT Nederland NV* avait été scindée en deux sociétés autonomes, à savoir : *Koninklijke KPN* pour les services de télécommunication, et *TNT Post Groep NV*, devenue par la suite *TPG NV*. Lors de cette scission, l'action spécifique que détenait l'État néerlandais dans *Koninklijke PTT Nederland NV* avait été modifiée. Au terme de ce processus, l'Etat néerlandais bénéficiait d'une action spécifique dans chacune des deux nouvelles sociétés.

71. Après avoir mis le Royaume des Pays-Bas en demeure de présenter ses observations, la Commission avait adressé à cet État membre, le 6 février 2003, deux avis motivés relevant que les actions spécifiques par lui détenues dans les sociétés *Koninklijke KPN* et *TPG NV* lui semblaient incompatibles avec les principes de la libre circulation des capitaux et de la liberté d'établissement. Insatisfaite des réponses apportées, la Commission introduisait un recours devant la Cour.

72. Réfutant une quelconque violation des principes de la liberté d'établissement et de la libre circulation des capitaux, le gouvernement néerlandais affirmait que les actions spécifiques en cause ne pouvaient pas être qualifiées de mesures étatiques. Ces actions avaient été créées non pas par une loi ou un règlement, mais lors de la modification des statuts des entreprises en cause. Or, le Code Civil néerlandais prévoyait expressément la possibilité de créer une action "*conférant des droits spéciaux qui sont décrits dans les statuts concernant le contrôle de la société*". Le gouvernement néerlandais fondait donc la légalité des actions spécifiques litigieuses sur le code civil. Il estimait avoir agi comme n'importe quel actionnaire mettant en œuvre les dispositions du droit commun des sociétés.

73. La Cour rejeta cet argument. Ainsi, remontant aux sources de l'institution des outils protecteurs contestés, elle releva que "*(...) l'introduction des actions spécifiques en cause dans les statuts de KPN et de TPG résulte(ait) de décisions prises par l'État néerlandais lors de la*

privatisation de ces deux sociétés en vue de s'assurer le maintien d'un certain nombre de droits statutaires spéciaux. (...)"¹⁰³.

- 74.** Ce raisonnement, au demeurant pragmatique, a été adopté par la Cour dans une affaire opposant le Royaume-Uni à la Commission¹⁰⁴. Dans cette affaire, voulant échapper à ses obligations communautaires, ledit Royaume soulevait l'objection tirée de la nature privée, par ce que provenant des statuts, des pouvoirs qu'il détenait de l'action spécifique instituée dans la société *BAA*. La Cour réfuta cet argument. Elle considéra que l'imputabilité tenait du fait qu'une loi, en l'occurrence "*l'Airport Act*" de 1986, prévoyait une approbation des statuts de *BAA* par une administration publique, en l'espèce le "*Secretary of State*". Elle conclut sur la base de ce constat que c'est en qualité d'autorité publique que l'Etat avait agit¹⁰⁵.
- 75.** Cette dynamique a été maintenue par la Cour dans une autre affaire¹⁰⁶ qui s'inscrivait dans un effet de cascade accord privé/loi. En l'espèce, l'État allemand avait adopté la loi du 21 juillet 1960 reprenant un compromis signé en 1959 entre lui, le *Land* de Basse Saxe et les salariés de *Volkswagen*. Cette disposition législative organisait le transfert au secteur privé des titres conférant le contrôle de *Volkswagen* qui devint une Société Anonyme¹⁰⁷. Au terme de ce processus, l'État fédéral possédait 20% du capital de la société, le *Land* de Basse Sax 20%, le reste fut cédé à des personnes privées.
- 76.** Plus significatif, la loi, tout en dérogeant au droit commun des sociétés, avait verrouillé la société en introduisant des pouvoirs spéciaux propres à empêcher toute tentative de prise de

¹⁰³ CJCE, 28 septembre 2006, Aff. Jtes. C-282/04 et C-283/04, *Commission c/ Pays-Bas*, Rec., I. 06141, point 22, note Flarlen Mariatte, Revue Europe, n° 11, novembre 2006, p. 14-15.

¹⁰⁴ CJCE, 13 mai 2003, Aff. C-98/01, *Commission c/ Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord*, Rec., 2003 I. 04641.

¹⁰⁵ CJCE, 13 mai 2003, Aff. C-98/01, *Commission c/ Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord*, préc., point 48. En ce sens, Alain Pietrancosta, "*Golden shares, Plan d'action pour les services financiers, Plan d'action pour la modernisation du droit des sociétés et l'audit*", note sous CJCE, 13 mai 2003, aff. C-463/00, *Commission c/ Espagne*, et aff. C-98/01, *Commission c/Royaume-Uni.*; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Bruxelles, 21 mai 2003. ; Plan d'action pour les services financiers, Huitième rapport intermédiaire, Bruxelles, 3 juin 2003, RDBF, n° 4, Juillet 2003, p. 161.

¹⁰⁶ CJCE, 23 octobre 2007, Affaire C-112/05, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, Rec., I. 08995.

¹⁰⁷ "*Aktien gesellschaft*".

contrôle. En effet, l'État Fédéral avait une minorité de blocage¹⁰⁸ et les droits de vote étaient plafonnés à 20% du capital. En outre, ledit Etat et le *Land* de Basse Saxe pouvaient désigner chacun deux représentants au Conseil de Surveillance¹⁰⁹ aussi longtemps qu'ils détenaient des actions.

77. Saisie de plusieurs plaintes relatives au régime institué par cette loi, la Commission décida d'agir en manquement contre l'État allemand. Par un arrêt rendu le 23 octobre 2007, la Cour, au terme d'un raisonnement détaillé, conclut en l'imputabilité de la mesure à l'État allemand. Elle constata que le fait que l'accord privé ait été repris dans une loi suffisait "(...) à le considérer, au regard de la libre circulation des capitaux, comme une mesure nationale"¹¹⁰. La Cour précisa par la suite qu'une loi qui reprenait les termes d'un accord initial ne pouvait plus être modifiée par la seule volonté des parties à l'accord initial. A ce propos selon elle, il existait "*une différence entre une faculté ouverte à des actionnaires, qui sont libres de décider s'ils souhaitent ou non en faire usage, et une obligation spécifique*"¹¹¹ d'origine légale, la loi étant la "*manifestation par excellence du pouvoir étatique*"¹¹².

78. Dans une autre affaire¹¹³, s'inscrivant cette fois-ci dans un effet de cascade acte normatif de l'autorité publique/statuts, la Cour a su appréhender la subtilité dont a fait preuve l'Etat portugais à l'occasion de l'institution d'une action spécifique dans le capital de *Portugal Telecom*.

79. Selon les faits de l'espèce, l'État portugais avait adopté une loi-cadre¹¹⁴ fixant le régime général afférent aux actions spécifiques. L'article 15, §3 de cette loi prévoyait la possibilité de créer des actions spécifiques dans les termes suivants : "*l'instrument législatif visé à l'article 4, paragraphe 1 (approuvant les statuts de l'entreprise à privatiser ou à transformer en société*

¹⁰⁸ Les décisions relevant de la compétence des AGE ne pouvaient être adoptées que par des actionnaires représentant 80% du capital.

¹⁰⁹ "*Aufsichtsrat*".

¹¹⁰ CJCE, 23 octobre 2007, Affaire C-112/05, Commission c/ République fédérale d'Allemagne, préc., point 26.

¹¹¹ CJCE, 23 octobre 2007, Affaire C-112/05, Commission c/ République fédérale d'Allemagne, préc., point 40.

¹¹² CJCE, 23 octobre 2007, Affaire C-112/05, Commission c/ République fédérale d'Allemagne, préc., Point 27.

¹¹³ CJCE, 8 juillet 2010, Aff. C-171/08, Commission c/ Portugal, Rec., 2010, I. 06813.

¹¹⁴ Loi-cadre sur les privatisations (*Lei Quadro das Privatizações*) du 5 avril 1990 préc.

anonyme) peut en outre prévoir à titre exceptionnel, lorsque des raisons d'intérêt national l'exigent, l'existence d'actions privilégiées destinées à rester propriété de l'État et qui, indépendamment de leur nombre, lui donnent un droit de veto sur les modifications statutaires et d'autres décisions portant sur un domaine déterminé, dûment délimité dans les statuts". Cette loi-cadre avait été relayée par un décret-loi¹¹⁵ dont l'article 20, §1 disposait que : "*dans le cas où le contrat de société de Portugal Telecom prévoirait l'existence d'actions assorties de droits spéciaux, autres que des actions à dividende prioritaire, ces actions devront obligatoirement être majoritairement détenues par l'État ou d'autres actionnaires publics [...]*". Le dispositif avait par la suite été repris dans les statuts de *Portugal Telecom*. En effet, L'article 5, §1 desdits statuts prévoyait que les actions de catégorie "A" devaient être majoritairement détenues par l'État ou d'autres actionnaires publics. Les articles 14, §2, et 19, §2 des mêmes statuts précisait que ces actions étaient assorties de certains privilèges, sous forme de droits spéciaux¹¹⁶.

80. Après mise en demeure, la Commission avait saisi la Cour d'un recours en manquement contre l'État portugais, au motif que l'action spécifique qu'il détenait dans la société *Portugal Telecom* enfreignait les articles 56 et 43 du TCE¹¹⁷. Ledit État, dans son mémoire de défense, s'appuyant sur le droit des sociétés, arguait avec insistance notamment que l'action spécifique dont il bénéficiait avait été instituée par une décision de la collectivité des associés. Il s'agissait selon lui d'une simple initiative privée relevant du droit des sociétés, et donc insusceptible de constituer une mesure étatique.

¹¹⁵ N° 44/95, du 22 février 1995.

¹¹⁶ Au compte de ces pouvoirs spéciaux figuraient notamment : un droit de regard sur la nomination des membres du Conseil d'Administration, de la commission exécutive, sur les décisions de l'Assemblée Générale afférentes à l'affectation des résultats de l'exercice, à la modification des statuts, à l'augmentations du capital, à la limitation ou la suppression du droit préférentiel, à la fixation des conditions d'augmentation de capital, au déplacement de siège en tout autre lieu du territoire national, à l'approbation de l'acquisition d'un nombre d'actions ordinaires dépassant 10 % du capital social par des actionnaires exerçant une activité concurrente, aux activités exercées par des sociétés contrôlées par *Portugal Telecom*, à l'adoption des décisions portant sur l'approbation des objectifs généraux et des principes fondamentaux des politiques de *Portugal Telecom* ainsi que la définition des principes généraux de la politique en matière de prises de participations dans des sociétés ou groupes, d'acquisitions et de cessions, dans le cas où l'autorisation préalable de l'Assemblée Générale est requise. ...

¹¹⁷ Devenus articles 49 ET 63 du TFUE.

81. Insensible à ces arguments, la Cour jugea que ce régime était imputable à l'Etat portugais.

Pour ce faire, elle extirpa le régime du droit commun des sociétés en mettant en avant le caractère dérogatoire du régime restrictif et le caractère intransmissible des droits spéciaux qu'il instituait¹¹⁸. Elle s'attela ensuite à démontrer l'imputabilité de ce régime à l'État. Pour ce faire, partant du constat selon lequel l'introduction de ces actions spécifiques avait été faite à un moment où l'État portugais était actionnaire majoritaire de la société et détenait le contrôle¹¹⁹, elle conclût que "*c'est la République portugaise elle-même qui, d'une part, en sa qualité de législateur, a autorisé la création d'actions privilégiées au sein de PT et, d'autre part, en sa qualité d'autorité publique, a décidé [...], d'introduire des actions privilégiées dans PT, de les attribuer à l'État et de définir les droits spéciaux qu'elles confèrent*"¹²⁰.

82. Commentant¹²¹ cette décision, Gilbert Parleani a pu mettre en exergue les éléments permettant de "*faire le partage entre les mesures qui sont admissibles (et donc non imputables à l'État), de celles qui ne le sont pas (et donc imputables à l'État)*".

83. L'auteur admet en effet que le droit commun des sociétés puisse être invoqué pour légitimer l'action spécifique détenue par l'État portugais, car ce droit, loin de postuler l'égalité entre actionnaire, "*contient toutes sortes de mécanismes qui permettent de parvenir à l'inégalité*". Mais souligne-t-il, une telle inégalité suppose que l'État qui prétend tirer ses pouvoirs spéciaux des mécanismes du droit des sociétés, s'y plie véritablement. Une telle attitude révélerait dès lors une "*situation normale*". Mais, en cohérence avec le raisonnement de la Cour, l'auteur admet que l'affaire en cause révélait une "*situation anormale*" découlant de plusieurs indices apparaissant comme étant autant d'éléments permettant l'imputabilité de la mesure à l'Etat portugais. Au compte de ces éléments, l'auteur cite l'exclusivité de la situation préférentielle

¹¹⁸ CJCE, 8 juillet 2010, Aff. C-171/08, *Commission c/ Portugal*, préc., point 55.

¹¹⁹ CJCE, 8 juillet 2010, Aff. C-171/08, *Commission c/ Portugal*, préc., Point 53.

¹²⁰ CJCE, 8 juillet 2010, Aff. C-171/08, *Commission c/ Portugal*, préc., Point 54.

¹²¹ G. Parleani, "*Actions spécifiques: les entraves aux libertés de circulation doivent provenir des mesures imputables à un Etat membre et non au droit des sociétés*", op. cit. Voir aussi Renaud Mortier, "*Les golden shares du Portugal dans Portugal Telecom portent atteinte à la libre circulation des capitaux*", note sous CJCE, 8 juillet 2010, Aff. C-171/08, *Commission c/ Portugal*, Droit des sociétés, n° 11, novembre 2010.

générée par l'acte légitimant les pouvoirs spéciaux de l'État portugais. Il souligne en effet que *"dès l'instant où (un) État se fait accorder un "instrument" qui lui confère un avantage qu'il est le seul à pouvoir détenir, la situation juridique se cristallise : on est en présence d'une mesure qui lui est imputable"*, et ce, même si la mesure a été votée par les associés. En effet dans ce cas, *"ce n'est pas le vote qui est anormal, mais le fait que le vote ne puisse bénéficier qu'à l'actionnaire public"*.

84. Cet élément d'imputabilité montre selon l'auteur un dépassement du raisonnement de la Cour qui, si elle s'en était tenue à celui [le raisonnement] adopté dans l'affaire *Volkswagen*¹²², n'aurait pas conclu en l'origine non étatique de la mesure incriminée. Dans cette dernière affaire en effet, l'impossibilité de déroger à la loi ou à la mesure nationale avait emporté la conviction de la Cour quant à l'imputabilité de la mesure à l'État. Or, dans l'affaire opposant le Portugal à la Commission cet argument ne tenait pas car le système en cause autorisait théoriquement et formellement des dérogations.

85. Toujours selon Gilbert Palearni, l'anormalité découlait ensuite du caractère inaliénable de l'action spécifique en cause, puisqu'elle était destinée à rester la propriété de l'État portugais¹²³.

86. La nécessaire imputabilité à l'État des dispositifs instituant les actions spécifiques, et plus généralement des dispositifs de contrôle des investissements étrangers est un préalable non exclusif à l'existence de contradictions entre ceux-ci et les règles de la libre circulation.

¹²² Op. cit.

¹²³ En ce sens, voir aussi Michel Menjucp, *"Golden Shares : la CJUE maintient le cap"*, note sous CJUE, 8 juillet 2010, aff. C-171/08, Commission c/ Portugal, Bulletin Joly sociétés, 1^{er} Novembre 2010, n° 11, p. 907.

Paragraphe 2 : La nécessaire propension des
dispositifs de contrôle des investissements
étrangers à viser les opérations matérielles
relevant des deux libertés

87. Avant toute analyse, il importe de dire que les développements qui vont suivre ne valent pas pour les matières ayant fait l'objet d'une harmonisation au niveau communautaire. En effet, dans son désir de rendre effectif les libertés fondamentales, le traité a ouvert la voie à l'harmonisation, et dans une moindre mesure, au rapprochement des législations nationales. Cette dynamique a permis d'adopter une approche notamment sectorielle visant certains secteurs d'activités. De sorte que certains ont fait l'objet d'une harmonisation ou d'une coordination.

88. En matière bancaire par exemple, les règles d'accès à la profession ont été harmonisées à travers trois directives de coordination:

- la première, du 12 décembre 1977¹²⁴, imposait l'agrément sous condition de l'État, pour la création d'un établissement de crédit;
- la seconde¹²⁵, modifiant la première, et refondue dans la directive n° 2006/48 CE¹²⁶, a introduit le principe de l'agrément communautaire unique. En substance, l'agrément

¹²⁴ Directive n° 77/780/CEE du Conseil, du 12 décembre 1977, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, JO n° L 322 du 17 décembre 1977, p. 30–37.

¹²⁵ Directive n° 89/646/CEE du Conseil, du 15 décembre 1989, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, JO n° L 386 du 30 décembre 1989, p. 0001 - 0013.

accordé par un État membre permet à l'établissement de crédit demandeur, d'exercer dans toute la Communauté l'ensemble des activités bancaires de base, soit en créant des établissements secondaires, soit en fournissant ses services directement à partir du pays où il est établi. L'État membre d'origine assure le contrôle global de l'établissement bancaire, l'État d'accueil surveille les succursales établies sur son territoire. Un sujet de droit européen ne saurait donc invoquer les règles de la libre circulation à l'encontre d'une mesure nationale relative à cet agrément bancaire.

89. Cette précision faite, l'existence de contradictions entre les deux libertés et les dispositifs nationaux de contrôle des investissements étrangers, implique que les opérations visées par ces derniers entrent dans leur champ d'application *rationae materiae*. Il importe dès lors de présenter l'adéquation entre les opérations matérielles visées par les dispositifs de contrôle des investissements étrangers et celles visées par les deux libertés (**A**). Ensuite, si la recherche de cette adéquation nécessite que soit préalablement définis les champs d'application *rationae materiae* des deux libertés, cette définition pêche quelque peu par une certaine proximité théorique. Cette étroitesse ne permet pas toujours de dire précisément laquelle des deux libertés s'applique. Ce constat qui pose un véritable problème d'applicabilité, justifie dès lors que soit précisée l'articulation entre les principes de la libre circulation des capitaux et de la liberté d'établissement sous l'angle de leur champ d'application *rationae materiae* (**B**)

A) L'adéquation matérielle entre les dispositifs de contrôle des investissements étrangers et les deux libertés

90. L'analyse de l'adéquation entre les opérations matérielles visées par les dispositifs de contrôle des investissements étrangers et celles relevant des deux libertés exige qu'il soit présenté à

¹²⁶¹²⁶ Directive n° 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, JO n° L 177, 30 juin 2006, p. 1–200.

titre liminaire les opérations matérielles relevant du libre établissement et de la libre circulation des capitaux (1), pour ensuite démontrer que celles-ci sont souvent visées par les dispositifs de contrôle des investissements étrangers (2).

1) Les opérations matérielles visées par les deux libertés

91. L'article 49 du TFUE, en énonçant dans la première phrase de son alinéa 1^{er} que "(...) *les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites (...)*", fixe le principe du droit d'établissement des personnes physiques. L'article 54 du TFUE, en disposant que "*les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État (...) sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres*", étend ce principe aux sociétés. L'alinéa 2 de l'article du 49 TFUE en spécifiant que "*la liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, (...)*", consacre le droit à l'établissement à titre principal. De plus, en précisant dans la seconde phrase de son alinéa premier que l'interdiction des restrictions à l'établissement s'étend également aux restrictions à la création d'agence, de succursales ou de filiales, l'article 49 du TFUE fait rentrer le droit à l'établissement secondaire dans le champ d'application matériel de la liberté d'établissement.

92. Le droit d'établissement à titre principal vise deux formes d'établissement à savoir: l'accès aux activités non salariées et leur exercice d'une part, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises d'autre part. Cette deuxième forme d'établissement retiendra notre attention.

93. A ce sujet, les personnes physiques ressortissantes d'un État membre et les sociétés constituées en conformité avec la législation d'un État peuvent effectuer des actes de "*constitution*" d'entreprises dans un autre État membre. Si à l'évidence l'expression "*constitution*" peut laisser penser que la forme d'établissement en cause exige exclusivement la création d'une

société nouvelle, l'interprétation de cette expression à la lumière de l'article 55 du TFUE¹²⁷ – qui ne fait pas la distinction entre la souscription initiale et les prises de participations ultérieures –, fait rentrer les prises de participations dans la catégorie des formes de l'établissement à titre principal. On en déduit que les prises de participation dans le capital d'une entreprise au moyen, soit d'un achat ou d'un échange d'actions, soit d'une souscription à une augmentation de capital – pour les sociétés non cotées en bourse –, et soit d'une OPA ou OPE – pour les sociétés cotées en bourse –, sont autant d'opérations entrant dans le champ d'application matériel de la liberté d'établissement. Pour autant que ces opérations permettent aux initiateurs – personnes physiques ou morales – d'accéder à la gestion de l'entreprise dans laquelle ils prennent des participations.

94. Quant à l'établissement à titre secondaire, une personne physique ou une société constituée en conformité avec la législation d'un État membre peut, lorsqu'elle est déjà établie à titre principal dans un autre État membre, créer ou acquérir une agence ou succursale. Dans ce cas, l'agence ou la succursale n'aura pas de personnalité juridique distincte et devra poursuivre la même activité. Par contre, la création¹²⁸ d'une filiale suppose l'acquisition dans une société exerçant la même activité, et établie dans un État membre autre que celui où se trouve l'établissement principal, d'une quantité d'actions ou des parts sociales, tel que selon la loi applicable à cette société, elle réponde à la notion de filiale. Une pareille acquisition peut se faire soit au moment de la constitution de la société en cause, par une souscription à son capital, soit ultérieurement au moyen d'une souscription lors d'une augmentation de capital ou d'un achat d'actions ou de parts sociales. La filialisation est assimilée aux fins de l'article 49 du TFUE, à une prise de contrôle au sens notamment du droit des sociétés.

95. Au total, si l'établissement à titre principal et secondaire – cas exclusif de la filialisation – se matérialise notamment par des prises de participation dans le capital de sociétés constituées en

¹²⁷ Selon cette disposition, "les États membres accordent le traitement national en ce qui concerne la participation financière des ressortissants des autres États membres au capital des sociétés au sens de l'article 54, sans préjudice de l'application des autres dispositions des traités".

¹²⁸ Il faudrait entendre aussi l'acquisition.

conformité avec la législation d'un autre État membre, la jurisprudence¹²⁹ considère que "*relèvent du champ d'application matériel des dispositions relatives à la liberté d'établissement, les dispositions nationales qui trouvent à s'appliquer à la détention (par ce terme il faut entendre aussi la possibilité de détenir) par un ressortissant de l'Etat membre concerné, dans le capital d'une société établie dans un autre Etat membre, d'une participation lui permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions de la société et d'en déterminer les activités*".

96. S'agissant des opérations matérielles visées par le principe de la libre circulation des capitaux, le paragraphe 1 de l'article 63 du TFUE interdit "*les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers*". Quant au paragraphe 2 de la même disposition, il interdit "*les restrictions aux paiements entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers*". Si l'interdiction des restrictions à la libre circulation des capitaux vise expressément les mouvements de capitaux et les paiements, le traité n'en donne pas une définition exacte. Il est donc revenu à la jurisprudence et au droit dérivé de préciser le sens qu'il faut donner à ces notions.

97. A ce propos, la Cour de Justice, dans l'arrêt *Luisi et Carbonne*¹³⁰, avait défini les paiements courants comme "*des transferts de devises qui constituent une contre-prestation dans le cadre d'une transaction sous-jacente*". A l'inverse, elle définissait synthétiquement les mouvements de capitaux comme "*des opérations financières qui visent essentiellement le placement ou l'investissement du montant en cause et non la rémunération d'une prestation*". Cependant, bien qu'apportant davantage de précisions, sur ce qu'il faudrait entendre par mouvements de capitaux, cette définition pêchait quelque peu par sa généralité. De sorte qu'il est revenu au droit dérivé d'apporter quelques clarifications.

¹²⁹ Voir notamment, CJCE, 13 avril 2000, aff. C-251/98, *Baars*, Rec., p. I. 2787, point 22. ; CJCE, 12 septembre 2006, aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas*, Rec., I.7995, point 31. ; CJCE, 13 mars 2007, aff. C 524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, Rec., I. 02107, point 27.

¹³⁰ CJCE, 31 janvier 1984, aff. jtes C-286/82 et C-26/83, Rec., 00377.

98. A ce sujet, la directive n° 88/361 CEE du 24 juin 1988¹³¹ contenait dans son annexe I une nomenclature des mouvements de capitaux visés en son article 1^{er}. Or, dans une communication concernant certains aspects juridiques touchant aux investissements intracommunautaires, la Commission déclarait qu'*"enfin de clarifier la portée et la signification de [l'article 56 TCE – 63 TFUE], on peut se référer à la directive n° 88/361 CEE qui, adoptée avant l'introduction de l'article 56 dans le contexte de l'ancien article 67 (CEE), constitue un instrument utile d'interprétation"*¹³². La Commission rappelait par la suite que l'annexe susvisée répertoriait tous les types d'opérations devant être considérées comme des mouvements de capitaux. Ce raisonnement donnant quelque peu pleine force à la clarification faite par la directive du 24 juin 1988¹³³, a été adopté par la jurisprudence¹³⁴. Il importe alors de se référer à cette annexe pour apporter davantage de précisions quant à la notion de mouvements de capitaux. Cette dernière dresse une liste exhaustive des mouvements de capitaux. Figurent dans cette liste les investissements internationaux, entendus comme les investissements intra européens ou faits entre les États membres et les pays tiers.
99. La directive précitée observe que les investissements internationaux ressortissent selon le cas, soit des investissements de portefeuille – définis comme des achats d'actions ou d'obligations dans la seule intention de réaliser un placement financier et non de chercher à influencer sur la gestion de la société -, soit des investissements directs définis par une note explicative de la directive comme des investissements de toute nature auxquels procèdent les résidents communautaires ou des pays tiers et *"servant à créer ou à maintenir des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et le chef d'entreprise ou l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue de l'exercice d'une activité économique"*. Cette note précise par la suite que la notion d'investissements directs doit *"être comprise dans son sens le plus large"*. S'agissant

¹³¹ JOCE n° L 178 du 08 juillet 1988, p. 0005-0018.

¹³² JOCE, n° C 220/15 du 19 juillet 1997, p. 15 et suiv.

¹³³ Op. cit.

¹³⁴ CJCE, 16 mars 1999, aff. C-222/97, *Trummer et Mayer*, Rec., I. 1661, conclusions Avocat Général Antonio La Pergola.

des participations dans des entreprises nouvelles ou existantes, cet objectif visant à créer ou à maintenir des liens économiques durables présuppose que "*le paquet d'actions qui se trouve en possession d'une personne physique, d'une entreprise ou de tout autre détenteur, donne à ces actionnaires, soit en vertu de la législation nationale sur les sociétés par actions, soit autrement, la possibilité de participer effectivement à la gestion de cette société ou à son contrôle*".

100. Ces précisions faites, il importe de présenter les opérations matérielles visées par les dispositifs de protection des investissements étrangers, et de voir si ces derniers visent bien les opérations matérielles précédemment définies.

2) Les opérations matérielles visées par les dispositifs de contrôle des investissements étrangers

101.L'analyse des dispositifs de contrôle des investissements étrangers montre que ceux-ci visent généralement les prises de participation permettant "*d'exercer une influence certaine sur les décisions de la société et d'en déterminer les activités*" - libre établissement - et celles donnant "*la possibilité de participer effectivement à la gestion de cette société ou à son contrôle*" - libre circulation des capitaux -. Ce constat se vérifie aisément lorsqu'on examine les dispositions nationales règlementant les relations financières avec l'étranger.

102.C'est le cas de la réglementation française qui sans équivoque, s'intéresse aux opérations matérielles relevant des principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement.

En effet, le livre V du CMF français, complété par des réglementations sectorielles en matière de presse et de communication audiovisuelle¹³⁵, a introduit un formalisme destiné à protéger

¹³⁵Dans le secteur de la *presse*, selon les dispositions de l'article 7 de la loi n° 86-897 du 1er août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse, les étrangers ne peuvent posséder plus de 20% du capital ou de droit de vote d'une entreprise éditant une publication en langue française. Pour ce qui est de la *communication audiovisuelle*, la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication comporte une disposition similaire. En effet, son article 40, modifié par la loi n°2007-309 du 5 mars 2007 (JORF du 7 mars 2007), limite à 20% la part de capital

certaines secteurs contre les investissements étrangers. En effet, apportant une limitation au principe de liberté quant aux relations financières avec l'étranger fixé par l'article L-151-1¹³⁶ du CMF, l'article L-151-2 du CMF permet au gouvernement, pour assurer la défense des intérêts nationaux, d'instituer un système d'autorisation ou de déclaration préalable¹³⁷ quant aux mouvements de capitaux entre la France et l'étranger. Ces mouvements de capitaux intègrent les investissements définis par l'article R-153-3 du CMF comme " *le fait pour un investisseur :*

1° Soit d'acquérir le contrôle, au sens de l'article L 233-3 du code de commerce, d'une entreprise dont le siège social est établi en France.

2° Soit d'acquérir tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise dont le siège social est établi en France". L'alinéa premier de cette disposition vise l'acquisition de contrôle. Or, selon l'article L 233-3 du code de commerce, " *I. - Une société est considérée, (...), comme en contrôlant une autre :*

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

(...);

ou de droit de vote dans les Assemblées Générales que peut posséder une personne de nationalité étrangère (définie comme toute personne physique de nationalité étrangère, toute société dont la majorité du capital social n'est pas détenue directement ou indirectement par des personnes physiques ou morales de nationalité française, et toute association dont les dirigeants sont de nationalité étrangère) dans une société titulaire d'une autorisation relative à un service de radio ou de télévision par voie hertzienne terrestre assuré en langue française. (A ce sujet, voir l'avis du Conseil d'Etat du 27 juin 2002 (n° 367/729, EDCE 2002-2003, n° 54, p. 218), à propos de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.). Dans le secteur des *communications électroniques* (anciennement activités de télécommunications, l'article L. 33-1-III du Code des postes et des communications électroniques issu de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004, instaure un régime libéral ne comportant aucune limitation vis à vis des investissements étrangers.

¹³⁶ Selon cet article "*les relations financières entre la France et l'étranger sont libres. Cette liberté s'exerce selon les modalités prévues par le présent chapitre dans le respect des engagements internationaux souscrits par la France*".

¹³⁷ La procédure de déclaration, par ce que informative vis à vis des autorités, ne pose à priori pas de problèmes par rapport aux libertés d'établissement et de libre circulation des capitaux.

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

II. - Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

(...)" . C'est donc dire que la réglementation française vise notamment, l'acquisition de participation conférant la majorité de droits de vote dans les Assemblées Générales, ou ouvrant, par les droits de vote qui y sont attachés, la faculté de déterminer les décisions dans les Assemblées générales, ou encore permettant de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société, ou enfin permettant de détenir, à l'exclusion des autres actionnaires, une fraction de droits de vote supérieure à 40%. C'est aussi dire que cette réglementation, vise aux termes de l'alinéa 2 de l'article R-153-3 du CMF, notamment les investissements visant à prendre des participations ou acquérir des filiales, lesquelles sont souvent l'expression formelle des branches d'activités d'une société dite mère. On en déduit que la réglementation française vise les participations permettant "d'exercer une influence certaine sur les décisions de la société et d'en déterminer les activités", ou encore celles donnant "la possibilité de participer effectivement à la gestion de cette société ou à son contrôle" - libre circulation des capitaux

103. Ce constat fait, encore faudrait-il que le formalisme protecteur instauré par cette réglementation ne vise que les personnes physiques ou morales ressortissantes d'un autre Etat membre - cas du libre établissement -, ou encore, en plus des personnes susvisées, celles

originaires d'un pays tiers. C'est bien dans ce sens que va la réglementation française, qui à l'évidence vise à la fois les investissements en provenance de Etats membres de l'Union, et ceux en provenance des pays tiers.

104. En effet, lorsque l'investissement - tel que précédemment défini - provient d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu une convention d'assistance administrative avec la France, les articles R-153-3 et suivants du CMF, posent le principe d'une autorisation s'appliquant à deux types d'opérations matérielles:

- les investissements se rapportant à certaines activités¹³⁸ et ayant pour but soit d'acquérir le contrôle au sens de l'article L-233-3¹³⁹ du Code de commerce, d'une entreprise dont

¹³⁸ Article 153-2 du CMF. Sont visées:

- 8° les activités relatives aux moyens de cryptologie et les prestations de cryptologie mentionnés aux paragraphes III, IV de l'article 30 et I de l'article 31 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ;
- 9° les activités exercées par les entreprises dépositaires de secrets de la défense nationale notamment au titre des marchés classés de défense nationale ou à clauses de sécurité conformément aux articles R. 2311-1 et suivants du code de la défense relatifs à la protection du secret de la défense nationale ;
- 10° les activités de recherche, de production ou de commerce d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives destinées à des fins militaires ou de matériels de guerre et assimilés réglementés par le titre III ou le titre V du livre III de la deuxième partie du code de la défense ;
- 11° les activités exercées par les entreprises ayant conclu un contrat d'étude ou de fourniture d'équipements au profit du ministère de la défense, soit directement, soit par sous-traitance, pour la réalisation d'un bien ou d'un service relevant d'un secteur mentionné aux points 7° à 10° ci-dessus (le point 7° Vise Activités relatives aux biens et technologies à double usage énumérés à l'annexe IV du règlement (CE) n° 428/2009 du Conseil du 5 mai 2009 instituant un régime communautaire de contrôle des exportations, des transferts, du courtage et du transit de biens à double usage)
- 12° les autres activités portant sur des matériels, des produits ou des prestations de services, y compris celles relatives à la sécurité et au bon fonctionnement des installations et équipements, essentielles à la garantie des intérêts du pays en matière d'ordre public, de sécurité publique ou de défense nationale énumérés ci-après :
 - Intégrité, sécurité et continuité de l'approvisionnement en électricité, gaz, hydrocarbures ou autre source énergétique ;
 - Intégrité, sécurité et continuité de l'approvisionnement en eau dans le respect des normes édictées dans l'intérêt de la santé publique ;
 - Intégrité, sécurité et continuité d'exploitation des réseaux et des services de transport ;
 - Intégrité, sécurité et continuité d'exploitation des réseaux et des services de communications électroniques ;
 - Intégrité, sécurité et continuité d'exploitation d'un établissement, d'une installation ou d'un ouvrage d'importance vitale au sens des articles L. 1332-1 et L. 1332-2 du code de la défense ;
 - Protection de la santé publique.

¹³⁹ Selon cette disposition, " I. - Une société est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre :

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

le siège social est établi en France, soit d'acquérir tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise dont le siège social est établi en France.

- les investissements se rapportant à certaines activités¹⁴⁰ et ayant pour but d'acquérir tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise dont le siège social est établi en France.

105. Lorsqu'un investissement provient d'un pays tiers à l'Union européenne et vise aux termes de l'article R-153-1 du CMF, soit à acquérir le contrôle, au sens de l'article L-233-3 du Code de

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

II. - Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

III. - Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale".

¹⁴⁰ Article R 153-5 du CMF "(...) 2° Activités de sécurité privée, au sens de la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 modifiée réglementant les activités privées de sécurité, lorsque les entreprises qui les exercent :

a) Fournissent une prestation à un opérateur public ou privé d'importance vitale, au sens de l'article L. 1332-1 du code de la défense ;

b) Ou participent directement et spécifiquement à des missions de sécurité définies aux articles L. 282-8 du code de l'aviation civile et L. 324-5 du code des ports maritimes ;

c) Ou interviennent dans les zones protégées ou réservées, au sens de l'article 413-7 du code pénal et des textes pris en application des articles R. 2311-1 et suivants du code de la défense relatifs à la protection du secret de la défense nationale ;

3° Activités de recherche, de développement ou de production, lorsqu'elles intéressent exclusivement :

a) Les agents pathogènes, les zoonoses, les toxines et leurs éléments génétiques ainsi que leurs produits de traduction mentionnés aux alinéas IC351 et IC352a. 2 de l'annexe I du règlement (CE) n° 428/2009 du Conseil du 5 mai 2009 instituant un régime communautaire de contrôle des exportations, des transferts, du courtage et du transit de biens à double usage ;

b) Les moyens de lutte contre les agents prohibés au titre de la convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et de leur destruction, faite à Paris le 13 janvier 1993, et que le contrôle de l'investissement est exigé par les nécessités de la lutte contre le terrorisme et de la prévention des conséquences sanitaires de celui-ci ;

4° Activités de recherche, développement, production ou commercialisation portant sur les matériels conçus pour l'interception des correspondances et la détection à distance des conversations définis à l'article 226-3 du code pénal, dans la mesure où le contrôle de l'investissement est exigé par les nécessités de la lutte contre le terrorisme et la criminalité ;

5° Activités de services dans le cadre de centres d'évaluation agréés dans les conditions prévues au décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information, lorsque les entreprises qui les exercent fournissent ces prestations au profit de services de l'Etat, dans la mesure où le contrôle de l'investissement est exigé par les nécessités de la lutte contre le terrorisme et la criminalité ;

6° Activités de production de biens ou de prestations de services dans le secteur de la sécurité des systèmes d'information exercées par une entreprise liée par un contrat passé avec un opérateur public ou privé d'installation d'importance vitale au sens des articles L. 1332-1 à L. 1332-7 du code de la défense pour protéger cette installation ;

7° Activités relatives aux biens et technologies à double usage énumérés à l'annexe IV du règlement du 5 mai 2009 précité exercées au profit d'entreprises intéressant la défense nationale".

commerce, d'une entreprise dont le siège social est établi en France, ou encore à acquérir tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise dont le siège social est établi en France, ou enfin permet de franchir le seuil de 33,33 % de détention du capital ou des droits de vote d'une entreprise dont le siège social est établi en France, l'article R-153-2 du CMF prévoit une procédure d'autorisation lorsque l'investissement se rapporte à certaines activités¹⁴¹.

-
- ¹⁴¹ activités dans les secteurs des jeux d'argent à l'exception des casinos ;
 - activités réglementées de sécurité privée ;
 - activités de recherche, de développement ou de production relatives aux moyens destinés à faire face à l'utilisation illicite, dans le cadre d'activités terroristes, d'agents pathogènes ou toxiques et à prévenir les conséquences sanitaires d'une telle utilisation ;
 - activités portant sur les matériels conçus pour l'interception des correspondances et la détection à distance de conversations, autorisées au titre de l'article 226-3 du code pénal ;
 - activités de services dans le cadre de centres d'évaluation agréés dans les conditions prévues au décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information ;
 - activités de production de biens ou de prestation de services de sécurité dans le secteur de la sécurité des systèmes d'information d'une entreprise liée par contrat passé avec un opérateur public ou privé gérant des installations au sens des articles L. 1332-1 à L. 1332-7 du code de la défense ;
 - activités relatives aux biens et technologies à double usage énumérés à l'annexe IV du règlement (CE) n° 428/2009 du Conseil du 5 mai 2009 instituant un régime communautaire de contrôle des exportations, des transferts, du courtage et du transit de biens à double usage ;
 - activités relatives aux moyens de cryptologie et les prestations de cryptologie mentionnés aux paragraphes III, IV de l'article 30 et I de l'article 31 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ;
 - activités exercées par les entreprises dépositaires de secrets de la défense nationale notamment au titre des marchés classés de défense nationale ou à clauses de sécurité conformément aux articles R. 2311-1 et suivants du code de la défense relatifs à la protection du secret de la défense nationale ;
 - activités de recherche, de production ou de commerce d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives destinées à des fins militaires ou de matériels de guerre et assimilés réglementés par le titre III ou le titre V du livre III de la deuxième partie du code de la défense ;
 - activités exercées par les entreprises ayant conclu un contrat d'étude ou de fourniture d'équipements au profit du ministère de la défense, soit directement, soit par sous-traitance, pour la réalisation d'un bien ou d'un service relevant d'un secteur mentionné aux points 7° à 10° ci-dessus ;
 - autres activités portant sur des matériels, des produits ou des prestations de services, y compris celles relatives à la sécurité et au bon fonctionnement des installations et équipements, essentielles à la garantie des intérêts du pays en matière d'ordre public, de sécurité publique ou de défense nationale énumérés ci-après :
 - intégrité, sécurité et continuité de l'approvisionnement en électricité, gaz, hydrocarbures ou autre source énergétique ;
 - intégrité, sécurité et continuité de l'approvisionnement en eau dans le respect des normes édictées dans l'intérêt de la santé publique ;
 - intégrité, sécurité et continuité d'exploitation des réseaux et des services de transport ;
 - intégrité, sécurité et continuité d'exploitation des réseaux et des services de communications électroniques ;
 - intégrité, sécurité et continuité d'exploitation d'un établissement, d'une installation ou d'un ouvrage d'importance vitale au sens des articles L. 1332-1 et L. 1332-2 du code de la défense ;
 - protection de la santé publique.
 -

106.A l'instar des dispositions nationales relatives aux relations financières avec l'étranger, l'étude de celles instituant les actions spécifiques montre que ces dernières visent tout aussi bien les opérations matérielles entrant dans le champ d'application des principes de la liberté d'établissement et de la libre circulation des capitaux, et notamment les prises de participations.

107.En effet, l'action spécifique de l'Etat français dans la société *Elf Aquitaine* lui permettait d'autoriser *ex ante* tout franchissement à la hausse des seuils de détention directe ou indirecte du cinquième (20%), du dixième (10%), ou du tiers (33.33%) des titres ou de droit de vote¹⁴². L'action spécifique du Royaume-Uni dans la société *BAA* lui permettait d'empêcher toute personne d'être bénéficiaire d'actions donnant droit à plus de 15% de voix pouvant être exprimées lors du vote de toute décision au cours de toute assemblée générale¹⁴³. L'action spécifique instituée par l'Etat portugais dans les statuts de *Portugal Telecom* lui ouvrait la faculté d'approuver toute acquisition de participation dépassant 10% du capital de ladite société¹⁴⁴. Enfin l'action spécifique détenue par l'Etat portugais dans la société EDP lui permettait de limiter à 5% le droit de vote des actionnaires¹⁴⁵.

108.Jugeant de la légalité de ces régimes, la Cour, se référant à la nomenclature annexée à la directive n° 88/36¹⁴⁶, a pu décider que les opérations matérielles par eux visés ressortissaient du principe de la libre circulation des capitaux¹⁴⁷

109.Au total, si l'étude des dispositifs de contrôle des investissements étrangers montre que ceux-ci visent les opérations matérielles entrant dans le champ d'application de la liberté

¹⁴² CJCE, 4 juin 2002, aff. C-483/99, *Commission c/ France*, préc.

¹⁴³ CJCE, 13 mai 2003, aff. C-98/01, *Commission c/ Royaume-Uni*, préc.

¹⁴⁴ CJCE, 8 juillet 2010, aff. 171/08, *Commission c/ Portugal*, préc.

¹⁴⁵ CJCE, 11 novembre 2010, aff. C-543/08, *Commission c/ Portugal*, préc.

¹⁴⁶ Op. cit.

¹⁴⁷ Gérard Jazottes, "*Les prérogatives des Etats membres liées aux actions spécifiques (golden shares) doivent respecter les règles fondamentales du traité*", note sous CJCE 4 juin 2002, *Commission c/France*, *Commission c/ Portugal*, *Commission c/ Belgique*, op. cit.; Menjucp M., "*Golden Shares : la CJUE maintient le cap*", note sous CJUE, 8 juillet 2010, aff. C-171/08, *Commission c/ Portugal*, op. cit.

d'établissement et de la libre circulation des capitaux, elle révèle aussi qu'il n'est pas toujours aisé de dire laquelle des deux libertés s'applique.

B) L'applicabilité de l'une ou l'autre liberté aux dispositifs de contrôle des investissements étrangers

110.La définition des champs matériels d'application des deux libertés permet difficilement de tracer une ligne claire de démarcation. Il semble en effet laborieux de faire la différence entre les investissements "*permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions de la société et d'en déterminer les activités*" - liberté d'établissement - et ceux donnant "*la possibilité de participer effectivement à la gestion de cette société ou à son contrôle*" - libre circulation des capitaux -. Cette proximité théorique est de nature à générer une réelle confusion quant à l'articulation entre les deux libertés.

111.Cependant, l'analyse des décisions rendues par la Cour montre que la confusion n'a pas le même degré d'acuité dans toutes les matières. En effet, si la question a pu être réglée en matière fiscale (1) tel n'est par exemple pas le cas en matière d'actions spécifiques où la Cour adopte une hiérarchisation qui nous paraît quelque peu contestable (2).

1) Matière fiscale et articulation entre les deux libertés

112.En matière fiscale, jusqu'à une période récente, la Cour ne s'appuyait que rarement sur les dispositions en matière de capitaux, préférant emprunter lorsque cela était possible, les "*sentiers battus*" du principe de la liberté d'établissement. Dans cette optique, elle ne vérifiait pas *in concreto* si un pouvoir de gestion était attaché à la participation menacée de restriction par les mesures nationales. La Cour considérait que dès qu'un niveau de seuil de détention était

requis *in abstracto* par la législation nationale, le contribuable pouvait exercer un pouvoir de décision dans la société. Dans ce cadre le juge faisait primer la liberté d'établissement¹⁴⁸.

113. On a ensuite assisté à une évolution notable de la position de la Cour, qui n'a pas hésité à sanctionner certaines mesures nationales restrictives sous le visa du principe de la libre circulation des capitaux. Dès lors, son raisonnement consistait à faire à titre liminaire une analyse *in concreto* des circonstances de l'affaire, aux fins de vérifier si les opérations matérielles visées par la mesure nationale supposée restrictive incluaient un pouvoir de gestion. Cette démarche a pu être adoptée par le juge de l'Union lors de l'analyse de la conformité d'un régime allemand de dépréciation des parts sociales lors de la distribution de dividendes aux libertés communautaires¹⁴⁹. Dans cette affaire en effet, le juge, constatant que le régime allemand en cause avait pour objectif, pour des raisons fiscales, de décourager les prises de participations sans volonté d'immixtion dans la gestion, a pu faire primer le principe de la libre circulation des capitaux¹⁵⁰.

114. Cette démarche, amène désormais la Cour à s'appuyer sur un raisonnement séquentiel. Elle analyse à titre liminaire l'objet¹⁵¹ des mesures supposées restrictives. Puis, elle anticipe l'hypothèse d'une possible application cumulative des deux libertés. A cet effet, l'institution judiciaire européenne décide qu'" *une législation nationale qui n'a pas vocation à s'appliquer aux seules participations permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions d'une société et d'en déterminer les activités, mais qui s'applique indépendamment de l'ampleur de la participation qu'un actionnaire détient dans une société est susceptible de relever aussi bien de l'article 43 du TCE (article 49 du TFUE) que de l'article 56 du TCE (article 63 du*

¹⁴⁸ CJCE, Ord. du 10 mai 2007, aff. C-492/04, *Lasertec*, Rec., I. 03775. Voir aussi, Frédérique Perrotin, "Liberté de circulation ou liberté d'établissement", Petites affiches, 1^{er} février 2010, n° 22, p. 4 ; Jean-Guy Huglo, "Droit d'établissement et libre prestation de services", RTDeur. 2000, p.727.

¹⁴⁹ CJCE, 17 septembre 2009, aff. C-182/08, *Glaxo Wellcome GmbH et Co. K.G.*, Rec., I. 08591. ; CJCE, 21 janvier 2010, aff. n° C-311/08, *SGL*, Rec., I.00487.

¹⁵⁰ En ce sens, Frédérique Perrotin, "Liberté de circulation ou liberté d'établissement", op. cit.

¹⁵¹ CJCE, 12 septembre 2006, aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas*, préc., points 31 à 33. ; CJCE, 3 octobre 2006, aff. C- 452/04, *Fidium Finanz*, Rec., I. 9521, points 34 et 44 à 49. ; CJCE 12 décembre 2006, aff. C 374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, Rec., I. 11673, points 37 et 38.

TFUE)¹⁵². Ce faisant, elle examine la mesure en cause "(...) en principe, au regard de l'une seulement de ces deux libertés s'il s'avère que, dans les circonstances de l'espèce au principal, l'une d'elles est tout à fait secondaire par rapport à l'autre et peut lui être rattachée »¹⁵³. Et la Cour de conclure qu'"(...) à supposer que ladite réglementation ait des effets restrictifs sur (la liberté affectée à titre accessoire), de tels effets seraient la conséquence inéluctable d'une éventuelle entrave (à la liberté affectée à titre principal) et ne justifient pas dès lors, un examen autonome au regard de (la liberté affectée à titre accessoire)"¹⁵⁴.

115. Si ce raisonnement n'est pas de nature à tracer une frontière claire entre les deux libertés. Un auteur¹⁵⁵ a pu relever qu'une étude empirique des décisions rendues par la Cour montre une certaine cohérence quant à l'articulation des deux libertés. En effet, cette étude montre que plusieurs mesures nationales ont pu être sanctionnées sous le visa du principe de la liberté d'établissement lorsqu'il apparaissait clairement qu'elles visaient des contribuables détenant une participation égale à 100% du capital d'une société établie dans un autre État membre¹⁵⁶, à 50%¹⁵⁷, ou supérieure à 25%¹⁵⁸ ou encore, de façon plus générale, quand les parts étaient détenues par les membres d'une même famille, résidant dans un autre État membre, "*lesquels poursuivent les mêmes intérêts, prennent d'un commun accord, par l'intermédiaire d'un même représentant à l'Assemblée Générale de cette société, les décisions relatives à celle-ci et en déterminent les activités*"¹⁵⁹. A l'inverse, plusieurs mesures nationales ont pu être sanctionnées

¹⁵² CJCE 24 mai 2007 aff. C-157/07, *Holböck*, Rec., I-4051, points 23 et 24.

¹⁵³ CJCE, 3 octobre 2006, aff. C-452/04, *Fidium Finanz*, préc., point 43. ; CJCE, 17 septembre 2009, aff. C-182/08, *Glaxo Wellcome GmbH et Co. K.G.*, Rec., I. 08591, point 37.

¹⁵⁴ CJCE 17 septembre 2009, *Glaxo Wellcome GmbH et Co. K.G.*, préc., point 51. ; CJCE, 12 décembre 2006, aff. C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, préc., point 34; ; CJCE, 12 septembre 2006, aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas*, préc., point 33.

¹⁵⁵ Nathalie De Grove-Valdeyron, "*Établissement*", Répertoire de droit européen, Dalloz.

¹⁵⁶ CJCE, 7 septembre 2006, aff. C-470/04, Rec., I. 7409, point 26. ; CJCE, 29 mars 2007, aff. C-347/04, *Rewe Zentralfinanz*, Rec., I. 2647 point 23.

¹⁵⁷ CJCE, 26 juin 2008 aff. C-284/06, *Burda*, Rec., I. 4571.

¹⁵⁸ CJCE, Ord. du 10 mai 2007, aff. C-102/05, *Skatteverket A et B*, Rec., I. 3871, point 22.

¹⁵⁹ CJCE, 2 octobre 2008, aff. C-360/06, *H Bauer Verlag*, Rec., I. 7333, point 29.

au regard des dispositions du traité relatives au principe de la libre circulation des capitaux, lorsque le contribuable détenait une participation de moins de 10%¹⁶⁰.

116. Si les décisions relatives à la matière fiscale montrent une certaine cohérence quant à l'articulation entre les deux libertés, tel n'est pas le cas de celles relatives aux actions spécifiques.

2) Actions spécifiques et articulation entre les deux libertés: une hiérarchisation contestable

117. L'applicabilité des articles 49 et 63 du TFUE aux actions spécifiques montre une certaine incohérence quant à l'articulation entre la liberté d'établissement et la libre circulation des capitaux. Dans cette matière, la Cour adopte un raisonnement similaire à celui qu'elle adopte en matière fiscale. Cependant, elle affiche une nette tendance à l'analyse à titre principal des actions spécifiques sous le visa du principe de la libre circulation des capitaux. Cette hiérarchisation nous semble critiquable car, compte tenu des circonstances de certaines espèces, l'une ou l'autre des deux libertés trouvait aussi à s'appliquer à titre principal¹⁶¹.

118. C'est le cas dans l'affaire¹⁶² jugée à propos de l'action spécifique de l'Etat français dans la société *Elf Aquitaine*, lui permettant d'autoriser *ex ante*, tout franchissement à la hausse des seuils de détention directe ou indirecte du cinquième (20%) du dixième (10%) ou du tiers (33,33%) de titres ou de droits de vote. Dans cette affaire en effet, on pourrait penser que le pourcentage de 33% de droits de vote ou de titres permettrait aux investisseurs d'autres États membre d'exercer une influence certaine dans la société *Elf aquitaine*. Cette circonstance

¹⁶⁰ CJCE, 23 avril 2008 aff. C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, Rec., I. 2875, point 46. ; CJUE, 10 février 2011, aff. jtes C-436/08 et C-437/08, *Haribo Lakritzen Hans Riegel et Österreichische Salinen*, Rec., I. 00305. Pour une analyse globale de la jurisprudence, voir Catherine Prieto, "Liberté d'établissement et de prestation de services", RTDeur. 2007, p. 75. Sur la fiscalité des dividendes dans l'Union européenne, Maitrot De La Motte, "La fiscalité des dividendes dans l'Union européenne", Revue Europe n° 5, mai 2010, étude 6. ; Dominique Berlin, "jurisprudence fiscale européenne", RTDeur 2010, p. 159 ; RTDeur. 2011 p.189.

¹⁶¹ En ce sens, voir Robert KOVAR, "Les actions spécifiques : état de la jurisprudence de la Cour de justice", Europe 2008, Chron. 7.

¹⁶² CJCE, 4 juin 2002, Aff. C-483/99, *Commission c/ France*, préc.

justifierait aussi un examen à titre principal du régime ainsi institué au regard du principe de la liberté d'établissement ou du moins, invaliderait la hiérarchisation faite par la Cour.

119. Cette remarque vaut pour les affaires jugées à propos des régimes instituant une opposition *ex post* applicable à un pourcentage d'action minimum. C'est le cas dans l'affaire¹⁶³ relative à l'action spécifique du Royaume-Uni, lui permettant d'empêcher toute personne¹⁶⁴ d'être bénéficiaire d'actions de la société *BAA*, et donnant le droit de disposer de plus de 15% des voix pouvant être exprimées lors du vote de toute décision au cours de toute Assemblée Générale. C'est encore le cas¹⁶⁵ de l'action spécifique instituée par l'Etat portugais dans les statuts de la société *Portugal Telecom*, lui permettant d'approuver toute acquisition d'une participation dépassant 10% du capital. Le pourcentage minimum visé expressément dans ces affaires, n'excluant pas un pourcentage maximum donnant la possibilité d'exercer une influence certaine dans les entreprises en cause.

120. La remarque vaut aussi pour les mesures visant, non pas à limiter ou à empêcher l'acquisition de participations, mais à suspendre ou à limiter les droits de vote. Ceux-ci étant la manifestation par excellence des outils de gestion d'une société. C'est le cas du régime¹⁶⁶ portugais qui limitait les droits de vote des actionnaires à 5% du capital de la société *EDP*, ou encore du régime espagnol, qui dans une phase initiale de deux mois, prévoyait une suspension des droits de votes attachés à certaines participations, et qui par la suite, soumettait l'exercice de tels droits à une décision du Conseil des Ministres.

121. Ce qui peut sembler davantage critiquable, c'est le jugement à titre principal des régimes relatifs aux décisions stratégiques des sociétés sous l'angle de la libre circulation des capitaux. Sont visés les droits de veto qui il est clair, sont de nature à gêner davantage les investisseurs voulant exercer une influence certaine, que ceux voulant faire un simple placement. C'est le

¹⁶³ CJCE 13 Mai 2003, aff. C-98/01, *Commission c/ Royaume-Uni*, préc.

¹⁶⁴ Autre qu'une personne autorisée.

¹⁶⁵ CJCE, 8 juill. 2010, Aff. C-171/08, *Commission c/ Portugal*, préc.

¹⁶⁶ CJUE, 11 nov. 2010, Aff. C-543/08, *Commission c/ Portugal*, préc.

cas de la procédure d'autorisation instituée par le Royaume-Uni¹⁶⁷, concernant la cession des avoirs de la société *BAA*, le contrôle de ses filiales et sa liquidation. C'est encore le cas du régime qui avait été institué par l'Etat portugais, et qui lui permettait d'approuver toute décision concernant la gestion de *Portugal Telecom*. Au compte de ces décisions figuraient notamment l'affectation des résultats de l'exercice, la modification des statuts, les augmentations de capital, les fixations des conditions des augmentations du capital, le déplacement du siège en tout autre lieu du territoire national¹⁶⁸. La critique vaut aussi pour le jugement à titre principal, à la lumière du principe de la libre circulation des capitaux, des pouvoirs spéciaux institués par la république portugaise dans la société *EDP*, lui donnant un droit de veto relatif à certaines délibérations¹⁶⁹ de ladite société ou des sociétés par elle dominées. Cette critique s'adresse enfin au régime français¹⁷⁰ donnant potentiellement le droit au gouvernement de s'opposer aux décisions de cession ou d'affectation à titre de garantie de la majorité du capital des quatre filiales d'*Elf Aquitaine*, à savoir: *Elf Aquitaine production*, *Elf-Gabon*, *Elf-Congo*, *Elf-Antar France*.

122.A l'inverse, la Cour semble cohérente dans une affaire¹⁷¹ opposant la Commission à la République italienne. En effet, dans cette affaire mettant en jeu les deux libertés, elle a pu considérer que le droit de veto institué au profit du Ministre des finances par l'article 2, §1, sous c) du décret loi n° 332/1994¹⁷², enfreignait à titre principal la liberté d'établissement. Considérant que ce pouvoir¹⁷³ concernait des décisions relevant de la gestion de la société et partant, ne visait que les actionnaires capables d'exercer une influence certaine sur les

¹⁶⁷ CJCE 13 Mai 2003, aff. C-98/01, *Commission c/ Royaume-Uni*, préc.

¹⁶⁸ CJCE, 8 juillet 2010, Aff. C-171/08 *Commission c/ Portugal*, préc.

¹⁶⁹ Au compte de ces décisions figuraient: l'acquisitions et l'aliénations de biens, de droits ou de parts sociales d'une valeur économique significative, le recours à des financements d'une valeur significative, l'ouverture ou la clôture d'établissements ou de parties importantes d'établissements et les extensions ou réductions importantes de l'activité, les projets de scission, de fusion ou de transformation, les modifications des statuts, y compris le changement de siège ou l'augmentation de capital, lorsqu'ils ont lieu à l'initiative du Conseil d'Administration exécutif, (...) et enfin, le droit de désigner un administrateur.

¹⁷⁰ CJCE, 4 juin 2002, Aff. C-483/99, *Commission c/ France*, préc.

¹⁷¹ CJCE, 26 mars 2009, aff. C-326/07 *Commission c/ Italie*, Rec., I. 02291.

¹⁷² Ce droit de veto concernait des décisions telles: l'adoption de décisions de dissolution de la société, de transfert de l'entreprise, de fusion, de scission, de transfert du siège social à l'étranger, de changement de l'objet social, de modification des statuts ayant pour effet de supprimer ou de modifier les pouvoirs spéciaux.

¹⁷³ Droit de veto.

sociétés¹⁷⁴. Dans cette affaire, la Cour adopte une solution qui, si elle n'est pas de nature à lever le voile sur la dichotomie théorique entre le champ d'application matériel des deux libertés, a le mérite de ne point instaurer une hiérarchisation injustifiée quant à l'application de l'une ou l'autre liberté. En effet, elle décide d'analyser certaines dispositions du décret-loi n° 332/1994 à l'aune des deux libertés. A été ainsi considéré comme contraire à la libre circulation des capitaux et au libre établissement, l'article 2, §1, sous a) et b) du décret-loi n° 332/1994. Cette disposition attribuait, dans une combinaison avec l'article 2, §1 du même décret, des pouvoirs spéciaux au Ministre de l'économie et des finances, au compte desquels figuraient : *l'opposition à l'acquisition par des investisseurs, des participations importantes représentant au moins 5% des droits de vote ou un pourcentage inférieur fixé par décret du Ministre des finances ; l'opposition à la conclusion des pactes entre actionnaires qui représentent au moins 5% des droits de vote ou un pourcentage inférieur fixé par décret du Ministre des finances*¹⁷⁵. La Cour développe un argumentaire qu'elle aurait pu utiliser dans d'autres affaires, notamment celles où étaient en jeu des régimes visant un pourcentage minimum d'actions ou de droits de vote. Elle justifie en effet la référence au visa de l'article 56 du TCE [article 63 du TFUE], par le fait que le pourcentage de 5% ou le cas échéant, le pourcentage fixé par le ministre compétent, doit permettre aux intéressés de participer de manière effective à la gestion d'une société concernée. Elle justifie ensuite la référence à l'article 43 du TCE [article 49 du TFUE] par le fait qu'il n'est pas exclu, dans l'hypothèse où les dispositions de la mesure nationale en cause s'appliquent à une société dont l'actionnariat est dispersé, que les détenteurs de participations correspondant à ces pourcentages, aient le pouvoir d'influer de manière certaine sur la gestion d'une telle société et d'en déterminer les activités. Elle avance par la suite l'argument selon lequel le pourcentage minimal visé par le décret, n'exclut pas que la réglementation restrictive s'applique à des participations excédant le pourcentage minimal et conférant un pouvoir de contrôle manifeste. Ce souci de cohérence a

¹⁷⁴ CJCE, 26 mars 2009, aff. C-326/07, *Commission c/ Italie*, préc., Point 39.

¹⁷⁵ CJCE, 26 mars 2009, aff. C-326/07, *Commission c/ Italie*, préc., Point 38.

par ailleurs été maintenu par le Cour qui, jugeant de la légalité de la loi¹⁷⁶ grecque du 20 janvier 2008 relative à la création d'un fonds national pour la cohésion sociale, a pu rappeler à la Commission la nécessité de trancher la question de la norme affectée par la réglementation litigieuse. En effet, tandis que la Commission se contentait de relever une restriction "*aux libertés fondamentales*" issues des articles 49 et 56 du TCE relatifs à la liberté d'établissement et à la circulation des capitaux, la Cour constatait que le régime d'autorisation en cause ne visait que les acquisitions conférant des droits de vote représentant plus de 20 % du capital, de sorte qu'uniquement les actionnaires en mesure d'exercer une influence certaine sur la gestion et le contrôle d'une telle société étaient susceptibles d'être affectés¹⁷⁷.

123. Toute autre condition préalable à la contradiction entre les dispositifs de contrôle des investissements et les principes de la libre circulation, est le caractère restrictif de ces derniers.

¹⁷⁶ Cette réglementation avait pour objet de permettre à l'État de conserver un droit de regard sur les décisions importantes pour le développement stratégique des Sociétés Anonymes en position de monopole exploitant ou gérant des réseaux nationaux d'infrastructures. L'article 11 de cette loi mettait en place un dispositif d'autorisation préalable émanant du comité interministériel de privatisation concernant l'augmentation de plus de 20 % du capital social de l'entreprise concernée. En outre, des décisions telles que la dissolution, la mise en liquidation, la restructuration, le transfert ou encore la scission de l'entreprise étaient soumises à approbation du Ministre des finances.

¹⁷⁷ CJUE, 8 novembre 2012, aff. C-244/11, *Commission c/ Grèce*, non encore publié, note Fabienne Gazin, Revue Europe n° 1, Janvier 2013.

Section II : Caractère restrictif des dispositifs de contrôle des investissements étrangers comme confirmation de la violation des deux libertés

124. Le risque de contradiction entre les dispositifs de contrôle des investissements étrangers et les principes de la libre circulation suppose qu'il soit *in fine* constaté qu'ils ont un caractère restrictif. À ce sujet, il importe de préciser le sens qu'il faut donner au terme restriction, dont font référence, les articles 49 et 63 du TFUE. De ce point de vue, force est de constater que l'interdiction des restrictions posée par ces dispositions obéit au principe général de non-discrimination, qui est le versant négatif du principe général d'égalité.

125. Quoique proches, les principes d'égalité - rattaché au rang de principes "*fondamentaux du droit communautaire*"¹⁷⁸ - et de non-discrimination, qui sont souvent utilisés de façon concomitante par la Cour et, souvent qualifiés de synonymes¹⁷⁹, sont à différencier. La Cour a expressément affirmé que "*l'interdiction de la discrimination n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité (...)*"¹⁸⁰. De plus, en définissant le principe d'égalité comme un principe qui veut que "*(...) des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée*"¹⁸¹, la Cour adopte une conception formelle de l'égalité. Or, en décidant que "*la discrimination consiste non seulement à traiter de manière identique des situations différentes mais aussi à traiter de manière*

¹⁷⁸ CJCE, 19 octobre 1977, aff. jtes C-124/76 et C-20/77, *Moulin et Huileries de Pont-à-Mousson c/ Office interprofessionnel des céréales*, Rec., 1795, point 16.

¹⁷⁹ Antoine Jeammaud, "*Du principe d'égalité de traitement des salariés*", Dr. soc. 2004, n° 7/8, p. 694. ; Martin Denis, "*Égalité, égalité de traitement et discrimination en droit communautaire : 1+1+1= 3 ... ou 1 ?*", RJS, décembre 2008, p. 947.

¹⁸⁰ CJCE, 19 octobre 1977, aff. C-117/76, *Rückdeschel*, Rec., 1753. En ce sens, Patrick Dollat "*Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*", JTDE 2002, p. 57.

¹⁸¹ CJCE, 19 octobre 1977, aff. C- 117/76, *Rückdeschel*, préc.

différente des situations similaires ou comparables", la Cour, en matière de discrimination, va au-delà de la conception formelle telle que ressortant de la définition de l'égalité et lui adjoint une conception matérielle¹⁸².

126. Certains auteurs ont pu considérer qu'au-delà des différences, ces deux concepts se conjuguent. Jörg Gerkath¹⁸³ considère qu'en adoptant en matière de non-discrimination une double conception formelle et matérielle, la Cour donne davantage de substance au principe d'égalité, en lui conférant une facette concrète propre à le rendre moins restrictif. Pour lui, l'égalité de traitement "*doit être effectivement réalisée*" et non s'épuiser "*dans le strict respect de la forme générale de la règle*". Le même auteur s'autorise à penser que ces deux principes ne sont pas "*confondus*" dans la jurisprudence de la Cour. Citant R. Hernu, il pense que ceux-ci "*(...) présentent à la fois des fonctions similaires et des fonctions distinctes : fonctions similaires lorsque la non-discrimination est l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire, fonctions distinctes, la non-discrimination fournissant des solutions opératoires auxquelles l'égalité seule ne pourrait parvenir*".

127. Ces précisions générales faites, du terme "*restrictions*" mentionné expressément aux articles 49 et 63 du TFUE, le traité adopte une conception étroite visant à déduire l'existence de la restriction de la nature directement discriminatoire de la mesure nationale, parce qu'adossée à des critères ostensibles, à l'exemple de la nationalité. À partir de cette base ténue, la jurisprudence a pu développer le principe général de non-discrimination dans le but d'appréhender toutes les formes d'inégalités. Cette dynamique a permis à la Cour d'opérer une évolution vers une conception d'abord large de la discrimination, parce qu'adossée à des critères non ostensibles, à l'exemple d'une condition de résidence. Elle lui a permis ensuite d'adopter une conception extensive de la restriction visant à considérer que celle-ci existe lorsque,

¹⁸² En ce sens, Sophie Robin-Olivier, "*Le principe d'égalité en droit communautaire*", Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 18 et suiv.

¹⁸³ "*Egalité de traitement*", Répertoire de droit européen, Dalloz.

quoiqu'indistinctement applicable, la mesure nationale instaure un traitement différencié conduisant à un cloisonnement des marchés nationaux.

128. De ces préalables, on déduit que les dispositifs de contrôle des investissements étrangers ne revêtent un caractère restrictif que s'ils sont discriminatoires (*paragraphe I*) ou si, quoique indistinctement applicables, ils s'érigent en barrière à l'entrée au marché (*paragraphe II*).

Paragraphe 1 : Un caractère restrictif résultant
de la nature discriminatoire des dispositifs de
contrôle des investissements étrangers

129. Pour être qualifiés de restrictifs, les dispositifs de contrôle des investissements étrangers doivent être fondés expressément, soit sur le critère de la nationalité (*A*), soit sur des critères qui, quoique d'apparence neutre tel une condition de résidence, conduisent à défavoriser les personnes physiques ressortissantes d'un autre Etat membre ou les sociétés constituées en conformité avec la législation d'un autre Etat membre (*B*).

A) Le caractère restrictif des dispositifs de contrôle des investissements étrangers directement discriminatoires

130. Le Traité ne définit les restrictions interdites, notamment par les articles 49 et 63 du TFUE, qu'en référence à l'interdiction de non-discrimination en raison de la nationalité. Sera donc

considérée comme restrictive toute mesure nationale opérant une différenciation entre les sujets de droit communautaire sur la base de la nationalité.

131.Force est cependant de constater que si en matière de libre établissement, l'alinéa 2 de l'article 49 du TFUE, en posant la règle du traitement national, est précis quant à la définition de la restriction en raison de la nationalité, tel n'est pas le cas en matière de libre circulation des capitaux. En effet, l'article 63 du TFUE ne fait référence ni expressément, ni tacitement au critère de nationalité.

132.Il importe dès lors de présenter le principe de non-discrimination en raison de la nationalité (1), avant de préciser son application aux dispositifs nationaux de contrôle des investissements étrangers (2).

1) Non-discrimination en raison de la nationalité, principes de la liberté d'établissement et de la libre circulation des capitaux

133.Le principe de non-discrimination en raison de la nationalité est envisagé dans le Traité au travers d'une clause générale posée par l'article 18, §1 du TFUE¹⁸⁴, qui énonce que "*dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité*". Cette disposition est traduite par plusieurs clauses spécifiques.

134.Une telle clause existe en matière de libre établissement. En effet, l'alinéa 2 de l'article 49 du TFUE en disposant que "*la liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, (...)*", pose la règle du "*traitement national*". S'agissant de cette règle, la Cour décide qu'elle "*impose, en matière de droit d'établissement,*

¹⁸⁴ Ex article 12 TCE.

le respect de la règle de l'assimilation des ressortissants des autres États membres aux nationaux, en interdisant toute discrimination fondée sur la nationalité résultant des législations réglementations ou pratiques nationales"¹⁸⁵.

135. Cette conception est cependant étroite. En effet, l'exigence du traitement national suppose l'existence d'une réglementation interne applicable à une activité donnée, et l'application de celle-ci à toutes les personnes – nationaux comme ressortissants d'un autre Etat membre, ou société constituées en conformité avec la législation d'un autre Etat membre – se trouvant dans des situations comparables. Cette conception du traitement national, telle que ressortant du traité, correspond au principe communautaire de l'égalité et au versant formel du principe général de non discrimination, qui veulent que "*des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente*".

136. Cette précision faite, il importe de faire quelques observations relatives au domaine de la règle du traitement national, à son application aux personnes morales et à l'apport du droit dérivé.

137. Pour ce qui est du domaine, la Cour adopte de façon générale une conception extensive quand elle décide dans un arrêt du 30 mai 1989 que ce qui est interdit c'est "*toute discrimination fondée sur la nationalité (...) et faisant obstacle à l'accès ou à l'exercice d'une (...) activité (non salariée)*"¹⁸⁶. Elle poursuit en disant que ladite interdiction "*ne concerne pas uniquement les règles spécifiques relatives à l'exercice des activités professionnelles, mais également celles relatives aux diverses facultés générales utiles à cet exercice*"¹⁸⁷. Ainsi, le traitement national est-il applicable tant à l'accès aux activités¹⁸⁸, qu'aux conditions de leur exercice¹⁸⁹, mais aussi à certains avantages connexes¹⁹⁰.

¹⁸⁵ CJCE, 18 juin 1985, aff. C- 87/84, *Steinhauser c/ Ville de Biarritz*, Rec., p. 1809.

¹⁸⁶ CJCE, 30 mai 1989, aff. 305/87, *Commission c/ Grèce*, Rec., p. 1461, point 20.

¹⁸⁷ CJCE, 30 mai 1989, aff. 305/87, *Commission c/ Grèce*, préc., point 21.

¹⁸⁸ La Cour a ainsi déclaré incompatible avec l'article 43 du TCE (art. 49 du TFUE) les exigences rendant obligatoire, pour l'inscription au barreau des avocats, la nationalité d'un État particulier (CJCE, 21 juin 1974, aff. C-2/74, *Reyners*, Rec., 00631. ; CJCE, 14 juillet. 1988, aff. C-38/87, *Commission c/ Grèce*, Rec., 4415. ; CJCE, 7 mars 2002, aff. C-145/99, *Commission c/ Italie*, Rec., I. 2235) ; ou encore, les mêmes exigences, pour obtenir l'autorisation d'exercer en Espagne ou en Italie, des activités de sécurité privée (CJCE, 29 octobre. 1998, aff. C-114/97, *Commission c/ Espagne*, Rec., I. 6717. ; CJCE, 31 mai 2001, aff. C-283/99, *Commission c/ Italie*, Rec., I. 4363). Est également jugée contraire au libre établissement, la règle en vertu de laquelle, seuls les ressortissants nationaux

138.Quant à l'application aux personnes morales, sur la base de l'article 54 du TFUE¹⁹¹, et par assimilation à la nationalité pour les personnes physiques¹⁹², la Cour a reconnu comme restrictives, des mesures nationales source de discriminations fondées sur le siège des sociétés¹⁹³.

peuvent demander l'attribution de locaux loués par une municipalité et utilisés par des artisans pour la vente de leurs produits artisanaux (CJCE, 18 juin 1985, aff. C-197/84, *Steinhauser c/ Ville de Biarritz*, Rec., 01819) ; ou encore, la réglementation nationale limitant la possibilité de créer des centres de conseils fiscaux à certains sujets de droit nécessairement établis sur le territoire national (CJCE, 30 mars 2006, aff. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, Rec., I. 2941). De même, constitue une discrimination directe, les conditions de nationalité requises en Grèce pour l'accès aux professions d'avocat, d'architecte, d'ingénieur et de géomètre (CJCE, 14 juillet 1988, aff. C-147/86, *Commission c/ Grèce*, Rec., 01637). Idem pour l'interdiction faite aux ressortissants d'autres États membres de créer des écoles professionnelles en Grèce (CJCE, 15 mars 1988, aff. C-38/87, *Commission c/ Grèce*, Rec., 04415).

¹⁸⁹ Quant aux *Conditions d'exercice des professions*, sont considérées comme restrictives, des mesures nationales mettant en place des exigences de nationalité quant à l'exercice d'une profession. Ont ainsi pu être considérés comme restrictifs, un régime instituant l'obligation pour les seuls étrangers de constituer une société selon le droit national pour obtenir une licence de pêche (CJCE, 4 octobre 1991, aff. C-93/89, *Commission c/ Irlande*, Rec., I. 4569) ; ou encore un régime réservant aux seuls dentistes italiens la possibilité de transférer leur résidence dans un autre État membre, tout en obtenant le maintien de leur inscription au tableau de l'ordre (CJCE, 18 janv. 2001, aff. C-162/99, *Commission c/ Italie*, Rec., I. 541).

¹⁹⁰ Sont ainsi contraires aux principes fixés par le libre établissement, des conditions de nationalité pour l'octroi de prêts à taux réduit pour l'accession à la propriété ou à la location d'immeubles, dès lors que le ressortissant d'un État membre désireux d'exercer une activité non salariée dans un autre État membre doit pouvoir bénéficier des mêmes conditions de logement que les nationaux (CJCE, 14 janvier 1988, aff. C- 63/86, *Commission c/ Italie*, Rec., 1988 00029). Est de même restrictive, la mesure nationale excluant les travailleurs non salariés d'autres États membres établis en Grèce, de la reconnaissance de la qualité de famille nombreuse donnant droit à l'octroi d'allocation familiales (CJCE 29 octobre 1998, aff. C-185/96, *Commission c/ Grèce*, Rec., 1998 I. 06601). Est enfin incompatible avec l'article 49 du Traité, la règle nationale réservant aux italiens et aux résidents sur le territoire de la collectivité locale, l'accès gratuit aux musées et aux parcs archéologiques pour les plus de soixante ou soixante-cinq ans (CJCE, 16 janvier 2003, aff. C-388/01, *Commission c/ Italie*, Rec., CJCE, I. p. 721).

¹⁹¹ Qui étend aux personnes morales l'interdiction des restrictions à la liberté d'établissement.

¹⁹² CJCE, 2 octobre 2008, aff. C-360/06, *Heinrich Bauer Verlag*, Rec., I. 7333, point 25.

¹⁹³ La matière fiscale constitue de ce point de vue un important vivier d'illustrations. Ainsi, et pour ne présenter que quelques exemples significatifs, le caractère restrictif a été reconnu à une législation fiscale réservant le bénéfice d'un avoir fiscal aux succursales de sociétés d'assurance établies en France (CJCE, 28 janv. 1986, aff. C-270/83, *Commission c/ France*, Rec., 00273). La même solution a été retenue pour une législation instituant des taux d'imposition différents pour l'impôt sur les bénéfices des sociétés, selon qu'elles sont ou non établies dans l'État membre (CJCE, 29 avril. 1999, aff. C-311/97, *Royal Bank of Scotland*, Rec., I. 2651), ou pour une législation soumettant les investissements réalisés sur le territoire d'un autre État membre, dans lequel l'entreprise n'est pas établie, à un régime fiscal moins favorable - absence de bonification d'impôts - que celui réservé aux investissements réalisés sur le territoire national (CJUE, 22 décembre 2010, aff. C-287/10, *Tankreederei I*, Rec., I-14233. Toujours dans le domaine fiscal, dans des affaires relatives à la distribution de dividendes, l'institution européenne précise que lorsque les États mettent en place des mécanismes visant à atténuer ou à supprimer la double imposition, cette atténuation ou suppression ne peut varier selon que les dividendes proviennent de sociétés résidentes ou de sociétés établies dans d'autres États membres (CJCE, 6 mars 2007, aff. C-292/04, *Meilicke E.A.*, Rec., I. 1835). Sur la base de ce raisonnement, le caractère restrictif a été reconnu à une mesure espagnole qui exigeait un seuil de participation plus élevé des sociétés non résidentes, pour bénéficier de l'exonération d'impôt sur les dividendes. Les désavantages découlant de cette différence de traitement pour les sociétés résidant dans d'autres États membres n'étaient pas neutralisés par les conventions tendant à éviter la double imposition conclues par l'Espagne (CJUE, 3 juin 2010, aff. C-487/08, *Commission c/ Espagne*, Rec., I. 04843). La Cour a aussi qualifié de restrictif, un régime d'imposition grec qui exonérait les dividendes distribués aux investisseurs particuliers par les seules sociétés grecques et non par les sociétés d'autres États membres (CJCE, 23 avril. 2009, aff. C-406/07, *Commission c/ Grèce*, Rec., I. 62).

139. Enfin, il n'est pas sans utilité de présenter l'apport du droit dérivé. A ce sujet, la directive n° 2006/123 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006¹⁹⁴, reprenant la jurisprudence, a pu formaliser les mesures nationales interdites notamment en matière de liberté d'établissement. L'article 14, alinéa 1, sous a) et b) de cette directive cite des exigences qui nous semblent pouvoir être classées dans la catégorie des discriminations directes à savoir : *"les exigences discriminatoires fondées directement ou indirectement sur la nationalité ou, en ce qui concerne les sociétés, l'emplacement du siège statutaire, (...) », « l'exigence de nationalité pour le prestataire, son personnel, les personnes détenant du capital social ou les membres des organes de gestion ou de surveillance du prestataire"*.

140. Ces précisions faites, force est de constater que Si l'alinéa 2 de l'article 49 du TFUE apporte par le biais de la règle du traitement national des éléments quant à la définition de la restriction, tel n'est pas le cas en matière de libre circulation des capitaux. En effet, l'article 63 du TFUE fait référence au terme "*restrictions*" sans apporter davantage de précisions. Devant cette imprécision, la jurisprudence a fait œuvre de créativité.

141. Elle a ainsi très tôt reconnu que l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité était d'application en matière de libre circulation des capitaux. En effet, l'article 18 du TFUE interdit toute discrimination en raison de la nationalité *"dans le domaine d'application du (...) traité"*. De ce domaine, la Cour a une interprétation extensive consistant à ne pas le confondre avec les compétences de la Communauté et à aller au-delà de celles-ci. Elle considère ainsi que, s'agissant d'une matière qui *"ne relève pas en tant que telle du domaine de la compétence de la Communauté, il n'en reste pas moins que les États membres doivent exercer leurs compétences retenues dans le respect du droit communautaire"*¹⁹⁵. En conséquence, une règle nationale relevant de la compétence des États membres ne peut *"opérer une discrimination à l'égard de personnes auxquelles le droit communautaire confère le droit à l'égalité de*

¹⁹⁴ JOUE n° L 376/36 du 27 décembre 2006.

¹⁹⁵ CJCE, 14 février 1995, aff. C-279/93, *Schumacker*, Rec., I. 225, point 21.

traitement, ni restreindre les libertés fondamentales garanties par le droit communautaire"¹⁹⁶.

De façon précise, dans son œuvre d'interprétation de l'article 18 du TFUE, la Cour a pu juger que l'interdiction posée par cette disposition ne joue qu'à l'égard des "*personnes se trouvant dans une situation régie par le droit communautaire*"¹⁹⁷. Cette position exige que soit précisé ce qu'il faudrait entendre par "*situations régies par le droit communautaire*". Un auteur¹⁹⁸ a pu dire qu'il s'agit notamment, de celles qui relèvent directement des libertés de circulation garanties par le traité et donc, de la libre circulation des capitaux. Il suffit donc qu'une règle nationale affecte une des libertés garanties par le traité pour qu'elle relève du champ d'application de celui-ci¹⁹⁹. Au total, conformément aux principes de non-discrimination et d'égalité, une discrimination, dans le cadre de la libre circulation des capitaux, peut consister non seulement dans l'application de règles différentes à des situations comparables, mais également dans l'application d'une même règle à des situations différentes²⁰⁰.

142. Ces précisions générales faites, il importe de présenter le caractère directement discriminatoire des dispositifs de contrôle des investissements étrangers.

2) Non discrimination en raison de la nationalité et dispositifs de contrôle des investissements étrangers

143. Les dispositifs nationaux réglementant les relations financières avec l'étranger sont par nature discriminatoires. En effet, de tels dispositifs instituent en général des procédures d'autorisation

¹⁹⁶ CJCE, 2 février 1989, aff. C-186/87, *Cowan c/Trésor public*, Rec., 00195, point 19.

¹⁹⁷ CJCE, 2 février 1989, *Cowan c/Trésor public*, préc., point 10. ; CJCE, 24 novembre 1998, aff. C-274/96, *Bickel et Franz*, Rec., I. 7637, point 14.

¹⁹⁸ Gerkath. Jörg, "*Égalité de traitement*". Répertoire de droit européen, Dalloz, paragraphes 17 à 19.

¹⁹⁹ CJCE, 29 juin 1999, aff. C-172/98, *Commission c/Belgique*, Rec., I. 3999, point 12, à propos du droit de créer une association.

²⁰⁰ En ce sens Picod Fabrice, "*Libre circulation des capitaux et des moyens de paiement*", JCL Europe Traité, fasc. 890, 1er mai 2014. Voir aussi CJCE, 14 novembre 2006, aff. C-513/04, *Kerckhaert et Morres*, Rec., I, p. 10967, point 19.

préalable visant les investissements réalisés par des personnes de nationalité étrangère, ou des investissements en provenance de l'étranger.

144.C'est par exemple le cas de la réglementation française relative aux relations financières avec l'étranger. En effet, la combinaison des articles L-151-2 et R-153-1 et suivants du CMF permet aux autorités publiques, aux fins de préserver certains intérêts nationaux²⁰¹, de soumettre notamment à autorisation préalable certains investissements. Cette règle est mise en œuvre par les articles R-153-2 et R-153-4 du CMF, visent respectivement les investissements réalisés par toute personne physique n'étant pas ressortissante d'un État membre de l'Union européenne, ou toute entreprise dont le siège social ne se situe pas dans l'un des États membres de l'Union, ou encore toute personne physique ressortissante d'un État membre de l'Union européenne, ou enfin toute entreprise dont le siège social se situe dans l'un des États membres de l'Union.

145.De plus, le dispositif français avait suscité une réaction vive de la Commission européenne qui décida d'engager une procédure d'infraction à l'encontre de la France. En effet l'article R-153-1 du CMF, dans sa version issue du décret du 30 décembre 2005²⁰², définissait les investissements comme le fait notamment "*(...) Soit d'acquérir directement ou indirectement tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise dont le siège social est établi en France, soit de franchir le seuil de 33,33 % de détention directe ou indirecte du capital ou des droits de vote d'une entreprise dont le siège social est établi en France*". La commission avait considéré que cette disposition était contraire aux articles 49 et 63 du TFUE. Elle soutenait qu'étant donné que les investissements indirects étaient aussi soumis à autorisation, la procédure prévue pour les investissements provenant des pays tiers pouvait entraver les investissements réalisés par des entreprises qui étaient légalement établies dans l'Union

²⁰¹Selon l'article L 151-3 les intérêts nationaux sont ceux se rapportant à une "*activité (...) qui, même à titre occasionnel, participe à l'exercice de l'autorité publique ou relève de l'un des domaines suivants :*

a) *Activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale ;*
b) *Activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives (...)*"

²⁰² Décret n° 2005-1739 du 30 décembre 2005, JO du 31 décembre 2005.

européenne, mais dont les actionnaires étaient établis dans des pays tiers. La Commission invita donc la France à expliquer pourquoi des sociétés établies dans l'Union européenne, mais contrôlées par des investisseurs de pays tiers, étaient soumises à la procédure plus sévère applicable aux sociétés des pays tiers, alors qu'une société établie légalement et matériellement dans un État membre devrait normalement être traitée comme un ressortissant de cet État. Une telle différence de traitement révélait une discrimination directe. Elle amenait à traiter différemment une société constituée en conformité avec la législation d'un Etat membre. Or, la règle du traitement national interdit un tel traitement discriminatoire et prescrit "*en matière de droit d'établissement, le respect de la règle de l'assimilation des ressortissants des autres Etats membres aux nationaux*".

146.Ce dispositif a par la suite été modifié par le Décret n° 2012-691 du 7 mai 2012 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable. Ce décret a modifié l'article R-153-1 en supprimant toute référence aux investissements indirects en ce qui concerne les pays tiers.

147.La Commission avait par ailleurs soulevé les mêmes objections à propos du régime allemand qui soumettait à un contrôle du Ministère de l'économie et des technologies, notamment, toute acquisition directe ou indirecte de participation par une entreprise établie dans la communauté, mais dont au moins 25% de ses droits de vote était détenus par des investisseurs d'États tiers, et si les droits de vote, directs ou indirects, acquis au terme de cet investissement, atteignaient au moins 25%²⁰³.

148.S'agissant des actions spécifiques, le caractère restrictif a par exemple été reconnu, à une mesure nationale portugaise interdisant aux ressortissants d'un autre Etat membre d'acquérir, plus d'un nombre défini d'actions dans certaines entreprises portugaises²⁰⁴.

149.A la vérité, conscient de l'intransigeance du droit communautaire quant au traitement inégal fondé sur la nationalité des ressortissants d'autres États membres ou des sociétés constituées en conformité de la législation d'un autre État membre, les États se sont tournés vers des

²⁰³ Seuil correspondant à la minorité de blocage dans les sociétés par actions.

²⁰⁴ CJCE, 4 Juin 2002, aff. C-367/98, *Commission c/ Portugal*, préc., points 40 et suiv.

systemes adossés à des critères non ostensibles tels une condition de résidence. Là encore, la réponse du droit de l'Union européenne est sans appel, car au-delà du critère de la nationalité, il condamne toutes les restrictions injustifiées.

B) Le caractère restrictif des dispositifs de contrôle des investissements indirectement discriminatoires

150. Soucieuse de faire de l'égalité une réalité nécessaire au plein effet des libertés de circulation, la Cour est allée au-delà de la définition textuelle étroite de la discrimination. Elle considère comme restrictive toute mesure nationale s'appuyant sur des critères indirects ou non ostensibles. Il importe alors de présenter la notion de discrimination indirecte (1), avant d'en préciser la mise en œuvre quant aux dispositifs de contrôle des investissements étrangers (2).

1) Notion de discrimination indirecte

151. Dans son désir de combattre toutes les formes d'inégalité, la Cour s'est appuyée dès les années 1970 sur le concept de discrimination indirecte. Le but était de permettre aux travailleurs des États membres d'exercer pleinement leur droit à la libre circulation. Pour l'institution juridictionnelle européenne, il ne devait pas exister d'obstacles à la libre circulation, à l'exemple d'une condition de résidence. Ce type de condition ne pouvant être remplie de la même façon selon qu'il s'agit d'un national ou d'un migrant, la Cour a entrepris d'appréhender les mesures nationales axées sur des critères qui quoique d'apparence neutre, pouvaient être discriminatoires en eux-mêmes.

152. Un auteur²⁰⁵ a ainsi pu relever qu'un "*certain nombre de législations, même non fondées sur la nationalité ou, pour les personnes morales, sur le siège social, conduisent à des situations de discrimination indirecte par l'institution de conditions, de résidence notamment, qui défavorisent essentiellement les ressortissants d'autres États membres*"²⁰⁶.

153. Si la position du droit de l'Union Européenne, visant à combattre les discriminations indirectes, a trouvé à s'appliquer au libre établissement²⁰⁷ et à la libre circulation des capitaux²⁰⁸, deux observations s'imposent quant à la première matière.

154. La première a trait aux hésitations jurisprudentielles dont a fait montre la Cour relativement à l'articulation entre les discriminations directes et indirectes. À ce sujet, si la l'institution juridictionnelle européenne fait théoriquement une différence entre ces deux notions, cela ne se traduit pas souvent dans les décisions qu'elle rend. Pourtant, "*dans la rigueur des principes dont (la Cour) s'affranchit le plus souvent*"²⁰⁹, le régime de justifications est différent selon que l'on se place sur le terrain de l'un ou l'autre des deux concepts. En effet, alors que les mesures discriminatoires directes peuvent se justifier sur la base de l'article 52 du TFUE²¹⁰,

²⁰⁵ De Grove-Valdeyron Nathalie, "*Établissement*", op. cit.

²⁰⁶ En ce sens, CJCE, 27 juin 1996, aff. C-107/94, *Asscher*, Rec., I. 3089. ; CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-221/89, *Factortame E.A.*, Rec., I. 3905. ; CJCE, 13 juillet 1993, aff. C-330/91, *Commerzbank*, Rec., I. 4017.

²⁰⁷ Ont été ainsi qualifiées de restrictives, une mesure exigeant de résider pendant au moins un an en Belgique pour obtenir l'immatriculation d'un aéronef (CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-203/98, *Commission c/ Belgique*, Rec., I. 4899) ; ou une mesure Italienne instituant une double exigence de résidence en Italie et de dépôt d'une caution pour exercer l'activité de consultant en matière de circulation des moyens de transport (CJCE, 29 mai 2001, aff. C-263/99, *Commission c/ Italie*, Rec., I. 4195) ; ou encore une mesure britannique exigeant de composer les équipages de pêche à 75% de personnes résidant dans l'État membre du pavillon (CJCE 17 novembre 1993, aff. C-279/89, *Commission c/ Royaume-Uni*, Rec., I. 05785). De même, a été considérée comme contraire aux principes posés par le libre établissement, par ce qu'étant de nature restrictive, une mesure nationale soumettant à autorisation préalable administrative, la possibilité d'utiliser un titre universitaire obtenu à l'étranger (CJCE 31 mars 1993, aff. C-19/92 *Dieter Kraus*, Rec., I. 01663). La même solution a été retenue pour une mesure nationale obligeant un travailleur indépendant à cotiser une seconde fois à un régime de sécurité sociale indépendant du fait que l'on est déjà affilié dans un autre État membre à un régime de sécurité sociale en tant que salarié (CJCE 19 septembre 2006, aff. C-193/05, *Commission c/ Luxembourg*, Rec., I. 8673). La jurisprudence fiscale fournit de nombreuses illustrations de discriminations indirectes liées au lieu d'établissement principal. En ce sens, Dominique Berlin, "*Chronique de jurisprudence fiscale européenne*", RTDeur. 2006. 329, spéc., p. 346. ; Edoardo Traversa, "*Chronique de droit fiscal communautaire*", JTDE 2007, p.170. ; Traversa Edoardo et Navez Edouard-Jean, "*Droit fiscal européen*", JTDE 2010. p.180.

²⁰⁸ La Cour considère de ce point de vue comme restrictives, les mesures nationales s'appuyant sur le critère de la résidence (CJCE, 23 février 2006, aff. C-513/03, *Van Hilten-van der Heijden*, Rec., 2006 I. 01957, point 44), ou du lieu d'établissement d'une société (Il s'agit de ce point de vue de discriminations fondées sur le lieu d'établissement de collecte des capitaux pour exemple, CJCE 7 février 2002, aff. C-279/00, *commission c/ Italie*, Rec., I. p. 1425, point 37.

²⁰⁹ Selon les termes de De Grove-Valdeyron Nathalie, "*Établissement*", op. cit.

²¹⁰ Ex article 46 du TCE.

celles indirectes ne peuvent l'être que sur la base des raisons impérieuses d'intérêt général tirées de la jurisprudence de la Cour.

155.L'affaire *Saint Gobain*²¹¹ fournit une parfaite illustration de ces attermolements. Dans l'arrêt qu'elle a rendu à l'occasion de cette affaire, la Cour, sans se prononcer sur la nature de la discrimination, a examiné à la fois l'existence de justifications tirées de l'article 46 du TCE - article 52 du TFUE - et des exigences impérieuses d'intérêt général. Ce raisonnement a été suivi dans une autre affaire²¹², à l'occasion de laquelle l'Avocat Général²¹³ avait fait montre de sa perplexité quant à la qualification de la mesure de discriminatoire ou d'indistinctement applicable. Sans doute faudrait-il considérer, comme le soutient Nathalie de Grove-Valdeyron²¹⁴, que l'institution judiciaire européenne semble vouloir se laisser une plus grande marge de manœuvre dans l'appréciation des justifications invoquées par les États.

156.La seconde observation est liée à l'apport du droit dérivé. En effet, la directive n° 2006/123 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006²¹⁵, relative aux services dans le marché intérieur, mentionne en matière de libre établissement, parmi les exigences interdites, les exigences suivantes qui nous semblent entrer dans la catégorie des discriminations indirectes :

"1) (...) b) *l'exigence d'être résident sur leur territoire pour le prestataire, son personnel, les personnes détenant du capital social ou les membres des organes de gestion ou de surveillance du prestataire;*

3) *les limites à la liberté du prestataire de choisir entre un établissement à titre principal ou à titre secondaire, en particulier l'obligation pour le prestataire d'avoir son établissement*

²¹¹ CJCE 21 septembre 1999, aff. C-329/97, *Compagnie St Gobain*, Rec., I. 0 6161.

²¹² CJCE, 16 juillet 1998, aff. C-264/96, *Imperial Chemical Industries c/ Colmer*, Rec., I. 4695.

²¹³ Conclusion Avocat Général Guiseppe Tesauro, présentée le 16 décembre 1997 sur CJCE, aff. C-264/96, *Imperial Chemical Industries c/ Colmer*, op. cit.

²¹⁴ *Etablissement* op. cit.

²¹⁵ Op. cit.

principal sur leur territoire, ou les limites à la liberté de choisir entre l'établissement sous forme d'agence, de succursale ou de filiale;

4) les conditions de réciprocité avec l'État membre où le prestataire a déjà un établissement, à l'exception de celles prévues dans les instruments communautaires en matière d'énergie;

(...)

7) l'obligation de constituer ou de participer à une garantie financière ou de souscrire une assurance auprès d'un prestataire ou d'un organisme établi sur leur territoire. Ceci ne porte pas atteinte à la possibilité pour les États membres d'exiger une couverture d'assurance ou des garanties financières en tant que telles et ne porte pas atteinte aux exigences relatives à la participation à un fonds collectif de compensation, par exemple pour les membres d'ordres ou Organisations professionnels;

8) l'obligation d'avoir été préalablement inscrit pendant une période donnée dans les registres tenus sur leur territoire ou d'avoir exercé précédemment l'activité pendant une période donnée sur leur territoire".

157.Fort de ces précisions, il importe de présenter l'application du principe d'interdiction des discriminations indirectes aux dispositifs de contrôle étrangers.

2) L'application du principe d'interdiction des discriminations indirectes aux dispositifs de contrôle des investissements étrangers

158.Si l'on se réfère au patriotisme économique, et plus précisément aux dispositions nationales relatives aux relations financières avec l'étranger, il nous semble utile de nous attarder sur le

dispositif espagnol qui s'appuie principalement sur le critère de la "*résidence*"²¹⁶ pour préciser ce qu'il faudrait entendre par "*investisseur étranger*". Sera ainsi considéré comme investisseur étranger, toute personne physique non résidente - espagnol ou étranger domicilié à l'étranger ou y ayant sa résidence principale -, ou toute personne morale domiciliée à l'étranger.

159. Par ailleurs, le Décret Royal²¹⁷ ne qualifie pas d'investisseur étranger une société espagnole majoritairement détenue par des capitaux étrangers. Ne sont donc plus qualifiés d'investissements étrangers en Espagne, les investissements réalisés par ce type de sociétés dans d'autres sociétés espagnoles. En conséquence, la clause de sauvegarde, permettant d'instaurer un régime d'autorisation préalable lorsque certains intérêts stratégiques²¹⁸ sont en jeu, ne joue pour autant que si les investissements proviennent de personnes physiques ou d'entreprises non résidentes. Si l'on se réfère à la prohibition des discriminations indirectes, ce dispositif peut être sanctionné s'il est démontré que son application pratique amène à favoriser les personnes physiques et les entreprises espagnoles. Cependant à notre connaissance il n'a fait l'objet d'aucune procédure d'infraction de la part de la Commission.

160. Ces précisions faites, il importe de dire que la conception de la restriction semble s'inscrire dans une tendance par ailleurs générale, de dépassement de la définition de la restriction. En effet, les autorités européennes définissent aujourd'hui la restriction non seulement à travers les discriminations directes, en raison de la nationalité, ou indirectes, en raison de critères non ostensibles, mais aussi à travers une conception caractérisant la restriction par les effets négatifs d'une mesure nationale indistinctement applicable.

²¹⁶ Ce dispositif s'appuie aussi sur le critère de nationalité, compte tenu du fait qu'il vise aussi les entreprises publiques de souveraineté étrangère.

²¹⁷ Real Decreta n° 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores, op. cit.

²¹⁸ Raisons d'ordre public, de sécurité et de santé publique, ou lorsque l'investissement se rapporte à une activité participant même à titre occasionnel à l'exercice de l'autorité publique, ou enfin lorsque les activités en cause sont en rapport avec la défense nationale, telles celles se consacrant à la production ou au commerce d'armes, de munitions, d'explosifs et de matériel de guerre.

Paragraphe 2 : Un caractère restrictif résultant du cloisonnement des marchés institué par les dispositifs de contrôle des investissements étrangers indistinctement applicables

161. Les dispositions nationales indistinctement applicables ne revêtent un caractère restrictif que si elles s'érigent en obstacle à l'accès au marché. Il importe dès lors de présenter le critère de l'accès au marché (**A**), et de préciser l'application qui en est faite aux dispositifs de contrôle des investissements étrangers (**B**).

A) Accès au marché comme critère unique d'appréciation du caractère restrictif des mesures nationales indistinctement applicables

162. Le critère de l'accès au marché, consacré par la Cour pour appréhender les dispositions nationales indistinctement applicables (**1**), permet de démontrer le caractère restrictif des dispositions nationales affectant directement ou indirectement l'accès au marché (**2**).

1) consécration du critère de l'accès au marché

163. S'inspirant de la jurisprudence "*cassis de Dijon*", la Cour, ne se tenant plus à l'exigence d'une simple égalité de traitement, a pu interpréter à partir des années 1990, l'article 49 du TFUE comme régissant les mesures nationales indistinctement applicables, dès lors que celles-ci "*entravent*" ou gênent l'exercice de la liberté d'établissement. Il faut dire qu'à la

vérité, ce dépassement quant à la caractérisation de la restriction ne s'est pas fait sans mal, car étant accompagné d'un flou certain quant à la distinction formelle entre l'"*entrave*" et la "*discrimination indirecte*". Force est de constater qu'en effet ces concepts sont parfois employés de façon cumulative par la Cour²¹⁹.

164. Ces expressions sont cependant à différencier. En effet, il est désormais admis que l'article 49 du TFUE "*s'oppose à toute mesure nationale qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice, par les citoyens de l'Union, de la liberté d'établissement garantie par le Traité*"²²⁰. Cette solution jurisprudentielle permet d'appréhender toute mesure qui, quoique indistinctement applicable, développe des effets aptes à faire obstacle à l'accès aux professions des personnes physiques notamment ressortissantes d'un autre État, ou à l'accès au marché des sociétés constituées en conformité avec la législation d'un autre État membre.

165. Le critère de "*l'accès au marché*" apparaît donc comme déterminant dans l'appréciation de l'"*entrave*", ou plutôt du caractère restrictif des dispositions nationales indistinctement applicables. Dans un souci de cohérence, l'adoption de ce critère en tant que "*critère unique*" d'appréciation de l'"*entrave*" pour toutes les libertés de circulation avait été appelée de ses vœux par l'avocat général Yves Bot dans une affaire relative à libre circulation des marchandises²²¹.

166. Au total, sur la base du critère de l'"*accès au marché*", la jurisprudence européenne a pu reconnaître le caractère restrictif aux mesures qui, quoiqu'indistinctement applicables, s'érigaient en obstacle direct à l'entrée sur le marché national. Affinant sa position, elle a pu

²¹⁹ En ce sens, Martin Denis et Marc Fallon, "*Dessine-moi une discrimination*", JDE 2010, p. 165. ; Nathalie De Grove-Valdeyron, "*Établissement*", op. cit.

²²⁰ CJCE, 31 mars 1993, aff. C-19/92, *Kraus*, Rec., I. 1663, point 32. ; CJCE, 14 octobre 2004, aff. C-299/02, *Commission c/ Pays-Bas*, Rec., I. 9761, point 15. ; CJCE, 21 avril 2005, aff. C-140/03, *Commission c/ Grèce*, Rec., I. 3177, point 27. Voir aussi, Nathalie De Grove-Valdeyron, "*Établissement*", op. cit.

²²¹ Voir les conclusions présentées le 8 juillet 2008 sous CJCE, 10 février 2009, aff. C-110/05, *Commission c/ Italie*, Rec., I. 519 point 83.

décider qu'une mesure pouvait sans affecter directement l'accès au marché, être considérée comme restrictive.

2) Des mesures nationales affectant directement ou indirectement l'accès au marché

167.Le critère de l'accès au marché amène la Cour à appréhender les législations nationales qui font obstacle directement ou indirectement à l'accès aux marchés nationaux. Certaines décisions rendues par la Cour en matière de libre établissement illustrent cette double démarche.

168.S'agissant de l'accès direct au marché, les affaires jointes²²² *Massimiliano Placanica, Christian Palazzese, Angelo Sorricchio*, sont riches d'illustration. Pour bien comprendre, il importe de rappeler les faits de l'espèce. À ce sujet, selon les dispositions combinées du décret législatif n° 496 du 14 avril 1948²²³, de l'article 3, § 229 de la loi n° 549 du 28 décembre 1995²²⁴, et de l'article 3, § 78 de la loi n° 662 du 23 décembre 1996²²⁵, l'attribution des concessions pour l'organisation de paris sur des événements sportifs était jusqu'en 2002 gérée par le Comité olympique national italien ci-après "*CONI*" et l'Union nationale pour l'amélioration des races équines²²⁶. Ces organismes étaient habilités à organiser les paris liés aux manifestations sportives organisées ou se déroulant sous leur contrôle. Selon un décret, cette attribution devait se faire selon la procédure d'appel d'offres. Lors de cette attribution, les deux organismes habilités devaient notamment veiller à la transparence de l'actionnariat des concessionnaires et à une distribution rationnelle des points de collecte et d'acceptation des paris sur le territoire national. Pour garantir la transparence de l'actionnariat, le régime prévoyait que si le concessionnaire était constitué en société de capitaux, les actions assorties

²²² CJCE, 6 mars 2007, aff. jtes C-338, C-359 et C- 360/04, *Planica*, Rec., I. p.1891.

²²³ GURI n° 118, du 14 avril 1948.

²²⁴ Supplément ordinaire à la GURI n° 302, du 29 décembre 1995.

²²⁵ Supplément ordinaire à la GURI n° 303, du 28 décembre 1996.

²²⁶ Unione nazionale per l'incremento delle razze equine, ci-après l'"*UNIRE*".

d'un droit de vote devaient être émises au nom de personnes physiques, de sociétés en nom collectif ou en commandite simple, et ne pouvaient être transférées par simple endossement. Il était en outre fait obligation aux détenteurs d'une concession, sous peine de sanction, d'obtenir une autorisation de police.

169. Conformément aux dispositions de la législation précitée, le *CONI* a lancé le 11 décembre 1998, un appel d'offres pour l'attribution de 1 000 concessions pour la gestion des paris sur les compétitions sportives. En parallèle, un appel d'offres portant sur 671 nouvelles concessions a été organisé par le ministère de l'économie et des finances en accord avec le ministère des Politiques agricoles et forestières, pour l'acceptation de paris sur les compétitions hippiques. Au terme de ce processus 329 concessions existantes ont été renouvelées automatiquement.

170. L'application des dispositions concernant la transparence de l'actionnariat en vigueur lors desdits appels d'offres a eu notamment pour conséquence d'exclure les opérateurs constitués sous la forme de sociétés dont les actions étaient cotées sur les marchés réglementés. En effet, l'identification constante et précise de leurs actionnaires individuels était impossible. C'était le cas de la société "*Stanley International Betting Ltd*" ci-après "*Stanley*" qui, désirant acquérir des concessions pour au moins 100 points d'acceptation de paris sur le territoire italien, s'était informée sur la possibilité de participer aux appels d'offres. Elle s'était cependant rendue compte que du fait de son appartenance à un groupe coté sur les marchés règlementés, elle ne pouvait satisfaire aux conditions concernant la transparence de l'actionnariat. Cependant, Stanley opérait en Italie par l'intermédiaire de plus de deux cents agences communément appelées "*centres de transmission de données*" ci-après les "*CTD*". Ces centres étaient gérés par des opérateurs indépendants liés contractuellement à "*Stanley*", au compte desquels figuraient les sieurs Placanica, Palazzese et Sorricchio.

171. Reprochant au Sieur Placanica de n'avoir pas respecté la loi, en ayant exercé, pour le compte de Stanley, une activité organisée de collecte de paris sans l'autorisation de police requise, le ministère public engagea une procédure pénale à son encontre devant le "*Tribunale di Larino*".

De plus, la préfecture de police d'Atri, qui reprochait aux Sieurs Palazzese et Sorricchio d'avoir exercé une activité organisée en vue de faciliter la collecte de paris sans concession ou autorisation de police, procéda sur la base du régime en cause, à la mise sous séquestre préventive de leurs locaux et équipements. Les mis en cause décidèrent d'introduire un recours contre ces mesures de séquestre devant le "*Tribunale di Teramo*".

172.Saisies de ces affaires, les juridictions sus visées demandèrent à la Cour si une législation qui imposait à un opérateur désireux d'exercer en Italie une activité dans le secteur des jeux de hasard, des obligations telles "*l'obtention d'une concession au moyen d'un appel d'offres excluant certains types d'opérateurs et, notamment, les sociétés dont les actionnaires individuels n'étaient pas identifiables à tout moment, l'obligation de se munir d'une autorisation de police, et des sanctions pénales en cas de non-respect de la législation en cause*", était contraire notamment à l'article 43 du TCE - article 49 du TFUE -.

173.La Cour, décida sans autre forme de procès, que "*(...) les restrictions imposées à des intermédiaires tels que les prévenus au principal constitu(ai)ent des entraves à la liberté d'établissement de sociétés établies dans un autre État membre, telles que Stanley, qui poursuiv(ai)ent l'activité de collecte de paris dans d'autres États membres par l'intermédiaire d'une organisation d'agences, telles que les CTD gérés par les prévenus au principal*"²²⁷.

174.Cette décision était en tout point conforme à celle que la Cour avait rendu en 2003 à propos de faits similaires. En effet, dans l'affaire *Gambelli*²²⁸, la Cour avait reconnu le caractère restrictif d'une réglementation interdisant, au moyen de sanctions pénales, l'exercice d'activités d'acceptation, d'enregistrement et de transmission de propositions de paris, notamment sur les événements sportifs, en l'absence de concession et d'autorisation. Pour parvenir à une telle condamnation, la Cour s'appuyait sur deux arguments:

²²⁷ CJCE, 6 mars 2007, *Planica*, préc., point 43.

²²⁸ CJCE, 6 novembre 2003 aff. C- C-243/01, *Piorgio Gambelli e.a.*, Rec., I. 13031.

- elle considérait que le dispositif mis en place par le gouvernement italien entravait la liberté d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre Etat membre de s'établir sous la forme d'agence sur le territoire italien;
- elle s'appuyait ensuite sur les arguments factuels tirés de l'absence d'opérateurs étrangers parmi les concessionnaires du secteur des paris sur des événements sportifs en Italie et, sur la réglementation italienne en matière d'appels d'offres qui excluait en pratique, la possibilité pour les sociétés de capitaux cotées sur les marchés réglementés des autres États membres, d'obtenir des concessions.

De ces arguments, elle concluait qu'en soumettant l'octroi des concessions à ces conditions, ladite réglementation empêchait la (es) société(s) établie(s) dans un autre état membre d'entrer sur la marché Italien des jeux et partant, constituait une entrave à la liberté d'établissement.

175. S'agissant des obstacles indirects à l'entrée sur le marché, la Cour a par exemple jugé qu'était restrictive une législation italienne mettant en place une obligation de contracter, mais aussi des exigences de modération tarifaire, pesant sur toutes les entreprises d'assurance exerçant dans le domaine de la responsabilité civile automobile.

176. Dans cette affaire, l'institution judiciaire européenne constatait à titre liminaire que *"l'obligation de contracter (...) laisse(ait) (...) intact le droit d'accès au marché italien de l'assurance responsabilité civile automobile"*²²⁹. S'appuyant par la suite sur un argument de portée générale selon lequel *"l'obligation de contracter (...) constitue(ait) une ingérence substantielle dans la liberté de contracter dont jouissent, en principe, les opérateurs économiques"*²³⁰, elle conclut que l'obligation mise à la charge des entreprises d'assurance de prendre en charge tous les risques qui leurs sont proposés, ainsi que les exigences de

²²⁹ CJCE, 28 avril 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-518/06, Rec., I. 3491, point 65.

²³⁰ CJCE, 28 avril 2009, *Commission c/ Italie*, préc., point 66.

modérations tarifaires "*affectaient l'accès au marché*"²³¹. Cependant, la Cour considéra cet effet comme indirect. En effet, s'appuyant sur l'argument des charges supplémentaires, en terme d'organisation et d'investissements, pouvant résulter d'une mise en conformité avec l'obligation de contracter, elle considéra que de telles circonstances étaient de nature à rendre "*moins attrayant l'accès au marché italien*"²³², et en cas d'accès effectif au marché, "*à réduire la capacité des entreprises (d'autres Etats membres) à livrer une concurrence efficace aux entreprises nationales*"²³³.

177. Ces précisions générales faites, il convient à d'apporter des précisions sur l'application du critère de l'accès au marché aux dispositifs nationaux de contrôle des investissements étrangers.

B) Accès au marché et caractère restrictif des dispositifs de contrôle des investissements étrangers : une conception stricte visant à sanctionner les effets dissuasifs sur l'intérêt à investir

178. La jurisprudence ne fournissant pas d'illustrations quant à l'application du critère de l'accès au marché aux mesures nationales règlementant les relations financières avec l'étranger, nous concentrerons notre analyse sur les actions spécifiques.

179. À ce sujet, jugeant de la légalité des actions spécifiques, et répondant aux arguments des États visant à réfuter le caractère discriminatoire des régimes instituant de tels instruments, la Cour dit pour droit que "*l'article 63 TFUE (ex article 56 TCE, ex article 73 B CE), interdit de façon générale les restrictions aux mouvements de capitaux entre les Etats membres. Cette interdiction va au-delà d'un traitement inégal des opérateurs sur les marchés financiers en*

²³¹ CJCE, 28 avr.2009, *Commission c/ Italie*, préc. point 67.

²³² CJCE, 28 avr.2009, *Commission c/ Italie*, préc. point 70.

²³³ CJCE, 28 avr.2009, *Commission c/ Italie*, préc. point 70.

raison de leur nationalité"²³⁴. En décidant ainsi, la l'institution juridictionnelle européenne considère que quoiqu'indistinctement applicables, les mesures nationales instituant les actions spécifiques peuvent être restrictives.

180. Une fois cette position de principe affirmée, la Cour adopte une démarche correspondant à l'appréhension des dispositions nationales indistinctement applicables affectant indirectement l'accès au marché. En effet, elle considère que les prérogatives exorbitantes conférées aux États par les actions spécifiques sont susceptibles de "*dissuader*" les investisseurs d'autres États membres de prendre des participations dans le capital des entreprises stratégiques antérieurement publiques. Le caractère restrictif de ces mesures nationales découle, non pas de leur capacité à s'ériger en obstacle direct à l'investissement, mais de leurs effets négatifs sur l'intérêt à investir.

181. Avant toute analyse, il importe de dire que les décisions rendues par la Cour sur les actions spécifiques, l'ont été à titre principal sous le visa du principe de la libre circulation des capitaux. Cependant, dans ces décisions, évoquant la possible illégalité des actions spécifiques au regard du principe de la liberté d'établissement, la Cour décidait que les restrictions à ce principe étaient la conséquence directe des obstacles au principe de la libre circulation des capitaux²³⁵. En conséquence, les observations qui vont suivre valent pour les deux libertés.

182. Cette précision faite, mettant en relief la démarche la Cour quant à la caractérisation de la restriction, des auteurs²³⁶ ont pu dire que l'institution juridictionnelle européenne s'appuyait

²³⁴ CJCE, 4 juin 2002, aff. C-367/98, *Commission c/ Portugal*, préc., point 44. ; CJCE, 4 juin 2002, aff. C-483/99 *Commission c/ France*, préc., point 40.

²³⁵ CJCE, 4 juin 2002, aff. C-367/98, *Commission c/ Portugal*, préc., point 56. ; CJCE, 4 juin 2002, aff. C-483/99, *Commission c/ France*, préc., point 56. ; CJCE, 13 mai 2003, aff. C-98/01 *Commission c/ Royaume-Uni*, préc., Point 52. ; CJCE, 13 mai 2003, aff. C-463/00, *Commission c/ Espagne* préc., point 86. ; CJCE, 8 juillet 2010, aff. C-171/08, *Commission c/ Portugal* préc., point 80. Voir aussi, Hugues Bouthinon-Dumas, Anastasia Sotiropoulou, "*Pour quelles raisons les privilèges des actionnaires publics fondés sur le droit des sociétés entravent-ils la liberté de circulation des capitaux ? - Analyse critique de la jurisprudence de la CJCE sur les golden shares de seconde génération*", op. cit.

²³⁶ Hugues Bouthinon-Dumas, Anastasia Sotiropoulou, "*Pour quelles raisons les privilèges des actionnaires publics fondés sur le droit des sociétés entravent-ils la liberté de circulation des capitaux ? - Analyse critique de la jurisprudence de la CJCE sur les golden shares de seconde génération*", op. cit.

soit sur une présomption (1), soit sur des éléments théoriques et abstraits (2), pour conclure en l'effet dissuasif des actions spécifiques sur l'intérêt à investir.

1) La caractérisation de la restriction au moyen d'une présomption d'effets négatifs sur l'intérêt à investir

183.Dans certaines affaires, la Cour semble caractériser la restriction au moyen d'une sorte de présomption d'effets négatifs de la mesure nationale sur l'incitation à investir. En effet, l'institution juridictionnelle européenne, au terme d'un raisonnement qui ne semble s'appuyer sur aucun élément factuel, déclare sans toute autre forme de procès, que *"la réglementation en cause (...), est susceptible d'empêcher l'acquisition d'actions dans les entreprises concernées et de dissuader les investisseurs d'autres États membres d'effectuer leurs placements dans le capital de ces entreprises. Elle est donc susceptible de ce fait de rendre illusoire la libre circulation des capitaux"*²³⁷, ou *"qu'elle (...) (est) (...) de nature à dissuader les investisseurs d'autres États membres d'effectuer (des) investissements (...)"*²³⁸.

184.La Cour adopte cette démarche dans une affaire relative à une mesure nationale indistinctement applicable, instaurant l'obligation d'obtenir une autorisation préalable pour acquérir une participation dépassant un niveau donné dans certaines entreprises portugaises²³⁹. Le même raisonnement est suivi à propos d'une réglementation instituant une action spécifique en faveur de la République française dans la société nationale *Elf Aquitaine*. Les dispositions nationales instituant cet outil protecteur prévoyaient une autorisation préalable pour tout franchissement à la hausse de certains seuils de détention de titres ou de droits de vote, ainsi qu'un droit d'opposition aux décisions de cession ou d'affectation à titre de garantie de la

²³⁷ CJCE, 4 juin 2002, aff. C-367/98, *Commission c/ Portugal* préc., point 45. ; CJCE, 4 juin 2002, aff. C-483/99 *Commission c/ France* préc., Point 41. ; CJCE, 17 juillet 2008, aff. C-207/07 *Commission c/ Espagne* préc., point 39.

²³⁸ CJCE, 13 mai 2003, aff. C-463/00, *Commission c/ Espagne*, préc., Point 61. ; CJCE, 13 mai 2003, aff. C-98/01 *Commission c/ Royaume-Uni*, préc., point 47.

²³⁹ CJCE, 4 juin 2002, aff. C-367/98, *Commission c/ Portugal*, préc.

majorité du capital de quatre filiales d'*Elf Aquitaine*²⁴⁰. Toujours sur la base de cette présomption, ont été considérées comme ayant des effets dissuasifs sur l'intérêt à investir, des mesures nationales espagnoles²⁴¹ soumettant à autorisation préalable de l'administration nationale, les décisions²⁴² de certaines entités commerciales²⁴³. Cette démarche a été appliquée à un régime national britannique²⁴⁴ s'appuyant sur les statuts de la société *BAA*, pour empêcher une personne autre qu'une personne autorisée, d'acquérir ou d'avoir un intérêt portant sur des actions donnant le droit de disposer de plus de 15% des droits de votes. Ce régime britannique instituait par ailleurs une autorisation préalable de l'administration nationale britannique quant à certaines décisions²⁴⁵. Est tout aussi restrictif sur la base de la présomption d'effets négatifs sur l'intérêt à investir, un régime espagnol soumettant à autorisation préalable de la *Commission Nationale de l'Energie*, certaines acquisitions²⁴⁶ dans le capital social des entreprises exerçant certaines activités réglementées dans le secteur de l'énergie²⁴⁷.

185. Fort de ces précisions, il importe cependant de dire que dans d'autres affaires, le raisonnement de la Cour semble plus structuré.

²⁴⁰ CJCE, 4 juin 2002, aff. C-483/99, *Commission c/ France*, préc.

²⁴¹ Loi et décrets royaux.

²⁴² Décisions portant sur : la dissolution, la scission ou la fusion de l'entité, la modification de l'objet social, l'aliénation ou la mise en gage de actifs ou des participations sociales nécessaires à la réalisation de l'objet social, la modification de l'objet social, les opérations de cession du capital social entraînant la réduction d'un pourcentage égal ou supérieur à 10% de la participation de l'État et l'acquisition de participations entraînant la détention d'au moins 10% du capital. Le dispositif en cause devant être mis en œuvre lorsque la participation de l'État dans le capital social de l'entité a été réduite d'au moins 10% et est devenue inférieure à 50%, ou que cette participation a été réduite à moins de 15% du capital social.

²⁴³ CJCE, 13 mai 2003, aff. C-463/00, *Commission c/ Espagne*, préc.

²⁴⁴ CJCE, 13 mai 2003, aff. C-98/01, *Commission c/ Royaume-Uni*, préc.

²⁴⁵ Décisions relatives notamment : à la liquidation volontaire de la société *BAA*, à la modification des statuts de cette dernière, relative aux droits attachés à l'action spécifique, à la cession d'un aéroport par elle possédé, ainsi qu'à l'abandon de la faculté d'exercer plus de la moitié des droits de vote d'une filiale possédant un aéroport.

²⁴⁶ Acquisition de parts s'élevant à plus de 10% du capital social des entreprises exerçant certaines activités réglementées dans le secteurs de l'énergie, ou les acquisitions directes des actifs nécessaires à l'exercice des dites activités, ou enfin toute autre acquisition conférant une influence significative sur ces entreprises.

²⁴⁷ CJCE, 17 juillet 2008, aff. C-207/07, *Commission c/ Espagne*, préc.

2) La caractérisation de la restriction au moyen d'éléments théoriques et abstraits

186.L'analyse de certaines décisions montre que la Cour semble davantage prolixie quand elle structure la caractérisation de la restriction autour d'éléments théoriques et abstraits.

187.Elle a ainsi pu déduire la dissuasion à l'investissement de l'effet potentiellement exclusif de la mesure nationale sur la possibilité de participer effectivement à la gestion ou au contrôle de la société. C'est ce qui a été jugé à propos d'un régime espagnol qui dans une phase initiale prévoyait la suspension pendant une période de deux mois des droits de vote afférents aux actions détenues par des entités publiques dans les entreprises espagnoles opérant dans le secteur de l'énergie et qui, dans une deuxième phase, soumettait l'exercice de ces droits de vote à l'appréciation du Conseil des Ministres²⁴⁸. La Cour adopte le même raisonnement à propos d'un régime italien prévoyant par décret, la suspension automatique des droits de vote liés à des participations supérieurs à 2%²⁴⁹ du capital social de certaines entreprises²⁵⁰. Dans cette dernière affaire, le gouvernement italien justifiait son régime restrictif par l'objectif d'éviter les attaques anticoncurrentielles de la part d'entités publiques opérant dans le même secteur dans d'autres États membres. La Cour s'appuya justement sur cet argument pour juger du caractère restrictif dudit régime²⁵¹.

188.Dans d'autres affaires, l'institution juridictionnelle européenne s'est appuyée sur l'inadéquation entre l'ampleur de la participation des personnes publiques et l'influence que leur permet d'avoir les actions spécifiques. Cet argument a notamment permis à la Cour de caractériser la nature restrictive d'un système mis en place par l'État portugais, en vertu d'une

²⁴⁸ CJCE, 14 février 2008, aff. C-274/06, *Commission c/ Espagne*, préc., point 24.

²⁴⁹ Lorsque ces participations sont acquises par des personnes publiques non cotées sur des marchés financiers réglementés, et jouissant d'une position dominante.

²⁵⁰ Opérant dans les secteurs de l'électricité et du gaz.

²⁵¹ CJCE, 2 juin 2005, aff. C-174/04, *Commission c/ Italie*, préc., Point 30.

loi combinée aux Statuts de *Portugal Telecom*²⁵². Ce régime exigeait l'approbation dudit État, d'un nombre considérable de décisions²⁵³. Le même argument a été opposé au régime néerlandais instituant une action spécifique conférant à l'État néerlandais des droits spéciaux d'approbation de certaines décisions des organes compétents des sociétés *KPN NV* et *TPG NV*²⁵⁴. La Cour adopte le même raisonnement à propos d'un régime institué par la loi "*Volkswagen*", et permettant à l'Etat allemand et le land de Basse-Saxe de désigner chacun deux représentants au Conseil de Surveillance de la société *Volkswagen*²⁵⁵.

189.L'argument tiré de l'inadéquation entre les participations et l'ampleur de l'influence, doublé d'une violation du droit commun des sociétés, a par ailleurs permis à la Cour de mettre en exergue l'effet négatif de la loi "*Volkswagen*" sur l'intérêt à investir. Dans l'affaire mettant en cause cette loi, la Cour constata en effet que le plafonnement des droits de vote de tout actionnaire à 20% avait été institué en violation du droit commun des sociétés car ce droit, même s'il admettait la possibilité d'une telle limitation, excluait une telle éventualité dans les sociétés cotées. Or, *Volkswagen* était une société cotée. De plus, la loi allemande fixait à 75% la majorité requise pour l'adoption de certaines décisions de l'Assemblée Générale des actionnaires. Elle prévoyait en outre que ce taux pouvait être statutairement augmenté. Or, le gouvernement allemand avait fixé par la voie législative, et non statutaire, un taux de majorité requise de 80%. La Cour conclut que cette double violation, donnant aux acteurs publics la possibilité d'exercer avec un investissement réduit une influence substantielle, "*limite(ait) la possibilité des autres actionnaires de participer à la société en vue de créer ou de maintenir des liens économiques durables et directs avec celle-ci permettant une participation effective à*

²⁵²CJCE, aff. C-171/08, *Commission c/ Portugal*, préc., point 60.

²⁵³Des décisions telles: l'acquisition des participations dépassant 10% du capital social de la société, ou encore la modification des statuts.

²⁵⁴CJCE, aff. C-282/04 et C-283/04, *Commission c/ Pays-Bas*, préc., point 24.

²⁵⁵CJCE, aff. C-112/05, *Commission c/ Allemagne*, préc., point 64.

sa gestion ou à son contrôle (et) est(était) donc susceptible de dissuader des investisseurs d'autres Etats membres ²⁵⁶.

190. Amenée à caractériser l'effet restrictif de certaines mesures nationales sur des investissements de portefeuille, la Cour avançait des arguments d'une toute autre nature. Elle mettait en avant les éventuelles conséquences d'un conflit d'intérêt entre les États et les organes de la société dans laquelle ceux-ci détenaient des pouvoirs spéciaux. Elle tira ensuite la conclusion selon laquelle une telle situation était de nature à peser sur la valeur de l'action et partant, sur l'attrait d'un investissement dans de telles actions²⁵⁷.

191. Par cette démarche, quoiqu'admettant que les effets négatifs de la mesure nationale en cause ne doivent être ni trop aléatoires, ni trop indirects²⁵⁸, la Cour s'exonérait de la démonstration de leur incidence concrète sur l'entrée des capitaux. L'institution juridictionnelle européenne n'accédait pas non plus aux justifications apportées par les États tendant à réfuter l'existence de restrictions.

²⁵⁶ CJCE, aff. C-112/05, *Commission c/ Allemagne*, préc., point 52.

²⁵⁷ CJCE, aff. C-171/08, *Commission c/ Portugal*, préc., point 6. ; CJCE, aff. C-282/04 et C-283/04, *Commission c/ Pays-Bas*, préc., point 27.

²⁵⁸ CJCE, aff. C-282/04 et C-283/04, *Commission c/ Pays-Bas*, préc., point 29.

CONCLUSION DE CHAPITRE

192. En définitive, en mettant en place des dispositifs aptes à contrôler les investissements étrangers, les États membres de l'Union européenne courent le risque de se mettre en porte à faux avec les principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement, du moins lorsque de tels dispositifs sont d'origine étatique, qu'ils visent les opérations entrant dans le champ d'application matériel des principes sus visés, et qu'ils ont un caractère restrictif.

193. L'analyse de certaines décisions déclarant l'incompatibilité de ces outils protecteurs au droit de l'Union montre que la Cour a fait montre d'un certain pragmatisme. Pour exemple, face à l'ingéniosité dont ont fait preuve certains États lors de l'institution des actions spécifiques de *seconde génération*, la Cour a su appréhender le maillage public/ privé mis en place par les États pour enlever toute origine étatique aux actions spécifiques.

194. Mais, le systématisme de la Cour face aux dispositifs de contrôle des investissements étrangers, l'amène parfois à ne pas être soucieuse de cohérence juridique. L'appréhension des actions spécifiques sous l'angle de leur adéquation avec les opérations matérielles visées par les principes de la libre circulation et du libre établissement en est la preuve parfaite. Vu sous cet angle en effet, l'étude des décisions rendues par la Cour, montre une démarche visant à sanctionner les actions spécifiques à titre principal sous le visa du principe de la libre circulation des capitaux, tout en rappelant sans toute autre forme de procès que de tels outils sont aussi justiciables du principe du libre établissement. Une telle hiérarchisation, au demeurant juridiquement contestable, si elle n'est pas de nature à régler le problème de la dichotomie théorique entre les deux libertés, semble néanmoins montrer, du moins concernant les actions spécifiques, la volonté de l'institution juridictionnelle de l'Union, d'adopter une position visant à rapprocher les régimes juridiques des deux libertés, notamment sous l'angle de leur champ d'application matériel. Cette position leur laisserait la faculté de juger les actions spécifiques "*à minima*" en appliquant prioritairement la libre circulation des capitaux.

Cette liberté s'avère en effet être la plus facile à mettre en œuvre. Il suffirait de ce point de vue de constater que la mesure nationale supposée restrictive vise une simple participation faite aux fins de placements financiers, pour que celle-ci soit considérée comme relevant de l'article 63 du TFUE, et que soit recherché son caractère restrictif.

195.Le systématisme de la Cour quant aux actions spécifiques l'amène même à ne pas structurer son raisonnement, ou à ne le faire que superficiellement. L'institution juridictionnelle adopte cette démarche lorsqu'elle analyse le caractère restrictif des actions spécifiques. Jugeant de la légalité de tels outils, elle n'hésite en effet pas à poser une sorte de présomption "*irréfragable*"²⁵⁹ de caractère restrictif, ou à faire l'économie du recours aux éléments factuels pour étayer la démonstration d'un tel caractère.

196.Une telle démarche paraît parfois réfutable. Pour exemple, dans l'affaire mettant en cause la loi "*Volkswagen*", à l'appui de sa défense, L'État Allemand évoquait "*l'argument selon lequel les actions de Volkswagen figur(ai)ent parmi les actions les plus achetées en Europe*"²⁶⁰. Il précisait ensuite que la structure de l'actionnariat de la société était analogue à celle d'autres grandes entreprises²⁶¹. Cet argument n'était pas dénué de sens, car comment conclure qu'une action spécifique est susceptible d'avoir des effets dissuasifs sur l'investissement alors qu'il est démontré que les investisseurs, notamment étrangers, font des investissements directs et de portefeuilles dans la société en cause dans l'affaire? Face à l'objection émise par l'État allemand, la Cour rétorquait que l'argument tiré de l'attractivité des titres de *Volkswagen*, ne valait que pour les investissements de portefeuille, et que la présence d'investisseurs directs dans le capital de cette entreprise "*(n'était) pas de nature à infirmer que, en vertu des dispositions de la loi VW, des investisseurs directs d'autres Etats membres, actuels ou potentiels, (auraient) pu être dissuadés d'acquérir une participation dans le capital de cette*

²⁵⁹ Hugues Bouthinon-Dumas, Anastasia Sotiropoulou, "*Pour quelles raisons les privilèges des actionnaires publics fondés sur le droit des sociétés entravent-ils la liberté de circulation des capitaux ? - Analyse critique de la jurisprudence de la CJCE sur les golden shares de seconde génération*", op. cit.

²⁶⁰ CJCE, aff. C-112/05, *Commission c/ Allemagne*, préc., Points 53 et 67.

²⁶¹ CJCE, aff. C-112/05, *Commission c/ Allemagne*, préc., Point 55.

société ²⁶². La réponse de la Cour semble démontrer un refus systématique de sa part d'accéder à toute justification afférente au caractère restrictif des actions spécifiques, et plus généralement, dénote de la vigilance dont elle fait preuve quant à de tels outils.

197. Si le *patriotisme économique* matérialisé par les régimes nationaux de contrôle des investissements étrangers et/ou d'immixtion dans la gestion des entreprises stratégiques, porte en lui les germes d'une possible contradiction avec les règles de la libre circulation, il court aussi le risque de contrariétés avec les règles de la libre concurrence.

²⁶² CJCE, aff. C-112/05, *Commission c/ Allemagne.*, préc., Point 55.

Chapitre II : Patriotisme économique et risques de violation des principes posés par la libre concurrence

198. Avant toute analyse afférente aux risques de contradictions entre les outils qui sous-tendent le patriotisme économique et le droit de la concurrence de l'Union, il nous semble utile de dire que de telles contradictions ne seront avérées que pour autant que ce droit soit applicable. À ce sujet, deux éléments conditionnent l'applicabilité de ce droit à savoir : *l'entreprise* et *l'affectation du commerce entre États membres*. De plus, dans un souci d'objectivité et de crédibilité, le droit communautaire s'est largement nourri de raisonnements et de concepts d'essence économique, qui apparaissent comme étant autant d'éléments permettant sa mise en œuvre. Dès lors, il importe avant toute étude afférente aux possibles contradictions entre le patriotisme économique et le droit communautaire de la concurrence, de préciser le champ d'application de ce droit et les outils permettant sa mise en œuvre.

199. Pour ce qui est du champ d'application, deux éléments permettent de le cerner à savoir : *l'entreprise* et *l'affectation du commerce entre États membres*.

200. S'agissant de *l'entreprise*²⁶³, ce sujet du droit de la concurrence est expressément mentionné dans plusieurs dispositions du traité, à l'exemple de celles relatives aux aides d'État, à la prohibition des ententes et des abus de position dominante, aux concentrations économiques. De la notion d'entreprise, le droit de l'Union adopte une acception large. En effet, les autorités de la concurrence se sont départies de considérations juridiques, notamment nationales, et ont pu adopter depuis l'arrêt *Höfner*²⁶⁴ une position pragmatique. Ainsi, une entité est considérée comme une entreprise lorsqu'elle exerce une activité économique. *De jure*, toute entité,

²⁶³ En ce sens, Linda Arcelin, "*L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*", Thèse Montpellier I, 2001. ; Litec, Coll. Bibliothèque du droit de l'entreprise, 2003.

²⁶⁴ CJCE, du 23 avril 1991, aff. C-41/90, Höfner, Rec., p. I. 1979.

qu'elle soit publique ou privée, quelle ait la personnalité morale²⁶⁵ ou non²⁶⁶, est considérée comme une entreprise pour peu qu'elle exerce une activité économique, moyennant une contrepartie, pas nécessairement financière. De plus, le droit communautaire considère qu'il y a entité unique lorsqu'une entreprise exerce un contrôle effectif sur une ou plusieurs autres²⁶⁷.

201. Tout autre élément permettant de cerner le champ d'application du droit communautaire de la concurrence est celui de *l'affectation du commerce entre États membres*. Cette condition est mentionnée aux articles 107 - aides d'état -, 101 - ententes -, et 102 - abus de position dominante - du TFUE, ainsi que dans le règlement n° 139/2004²⁶⁸ sur les concentrations économiques.

202. Dans ses lignes directrices²⁶⁹ sur la notion d'affectation du commerce entre États membres, la Commission précise que la notion "*susceptible d'affecter*", mentionnée aux articles 101 et 102 du TFUE, fait référence à la nature de l'incidence requise sur le commerce entre États membres. Ce qui suppose que la pratique puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle sur le courant des échanges entre États membres. Cette position est identique à celle adoptée par la jurisprudence qui affirmait déjà qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu effectivement affectation du commerce entre États membres, du moment où la pratique est de nature à avoir un tel effet²⁷⁰. Les autorités de la concurrence considèrent aussi que les courants d'échanges peuvent être affectés alors même que la pratique est exclusivement nationale²⁷¹. Cependant, il est admis que lorsque les pratiques n'affectent le commerce entre

²⁶⁵ Société commerciale, civile, association...

²⁶⁶ Mandataire, sportifs, à la condition qu'ils soient indépendants.

²⁶⁷ Sur la définition de l'entreprise en droit de l'Union européenne, voir Linda Arcelin, "*l'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*", Thèse Montpellier I, 2001 ; Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec 2003. Voir aussi Linda Arcelin, "*Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*", 2^{ème} éd. Didact Droit, PUR, 2013.

²⁶⁸ Op. cit.

²⁶⁹ Dans ce texte, la commission n'étudie la notion d'affectation du commerce entre États membres qu'au regard des articles 81 et 82 CE (101 et 102 TFUE). Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce entre États membres, point 23, JOUE n° C 101, p. 81.

²⁷⁰ CJCE, 21 janvier 1999, aff. C- 215/96, *Bagnasco*, Rec., I. 135, p. 161.

²⁷¹ Comm. Déc. n° 2003/2007/CE du 24 juillet 2003, *gaz industriels et médicaux*, JOUE n° L 84 du 1^{er} avril 2003, p. 1.

les États que de manière insignifiante, celles-ci échappent au droit communautaire²⁷². La Commission a pu poser une présomption simple de non affectation du commerce en considérant par exemple que *"les accords ne peuvent affecter sensiblement le commerce entre États membres lorsque les conditions cumulatives suivantes sont remplies : la part de marché totale des parties sur un marché communautaire en cause affecté par l'accord n'excède pas 5%, et dans les cas des accords horizontaux, le chiffre d'affaire annuel moyen réalisé dans la communauté par les entreprises en cause avec les produits concernés par l'accord n'excède pas 40 millions d'euros. Dans le cas des accords verticaux, le chiffre d'affaire total réalisé dans la communauté par le fournisseur avec les produits concernés par l'accord n'excède pas 40 millions d'euros. Dans le cas d'accords conclus entre un acheteur et plusieurs fournisseurs, le chiffre d'affaire pris en considération sera celui des achats combinés de l'acheteur de produits couverts par les accords"*²⁷³. A l'inverse, une présomption simple, celle-ci positive, d'affectation du commerce est retenue pour certains accords susceptibles par eux-mêmes d'affecter le commerce entre États membres. C'est par exemple le cas des accords relatifs aux importations ou exportations, ou ceux qui concernent plusieurs États membres dès lors que le chiffre d'affaire réalisé par les parties avec les produits concernés par l'accord excède 40 millions d'euros. Enfin, il importe de noter que si le critère de l'affectation du commerce apparaît comme primordial dans la détermination du champ d'application du droit communautaire de la concurrence, sa mise en œuvre laisse apparaître selon la matière, certaines spécificités que nous ne manquerons pas de mentionner au fur et à mesure de nos développements²⁷⁴.

²⁷² Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce entre États membres, op. cit., point 44.

²⁷³ Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce entre États membres, op. cit., point 52.

²⁷⁴ Sur la question voir, Linda Arcelin, *"Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen"*, op. cit. ; Jean-Bernard Blaise, *"Ententes"*, Répertoire de droit européen, Dalloz ; Frédérique Berrod, *"aides (notion)"*, Répertoire de droit européen, Dalloz ; Nicolas Petit, *"Droit européen de la concurrence"*, LGDJ, Précis Domat, juin 2013.

203.Ces précisions faites, dans le registre des éléments de mise en œuvre du droit de la concurrence communautaire, figure notamment le "*marché pertinent*"²⁷⁵. Cette notion capitale en droit de la concurrence permet de délimiter le cadre à l'intérieur duquel s'appliquent les règles de la concurrence relatives aux ententes, aux abus de position dominante et aux concentrations. Le marché pertinent combine le marché de produits et le marché géographique ainsi définis:

- un marché de produits comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix, et de l'usage auquel ils sont destinés;
- un marché géographique comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes.

204.Force est cependant de constater qu'en fonction de la matière, le marché pertinent n'est pas déterminé de la même manière et ne joue pas le même rôle. Pour exemple, en matière de contrôle des opérations de concentration, et de prohibition des abus de position dominante, la délimitation du marché pertinent est quasi-systématique mais la méthode pour y parvenir n'est pas la même. La Commission admet de ce point de vue que le contrôle des concentrations et celui des pratiques anticoncurrentielles varient du point de vue temporel²⁷⁶. Partant, elle considère que la délimitation du marché pertinent doit tenir compte de cette différence.

205.De façon précise, en matière d'abus de position dominante - ou d'entente -, la délimitation du marché pertinent se fera à travers une analyse rétrospective permettant de déterminer *ex post* tous les produits ayant pendant une période déterminée du passé constitué un marché. En clair,

²⁷⁵ Appelé aussi "*marché concerné*" ou "*marché en cause*" ou encore "*marché de référence*" ou enfin "*marché relevant ou relevant market*".

²⁷⁶ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence, JOCE, 9 décembre 1997, n° C 372/3, p.5.

il faut reconstituer le marché et imaginer ce qu'il aurait pu être sans l'éventualité d'une pratique anticoncurrentielle.

206. A l'inverse, en matière de contrôle des opérations de concentration, la délimitation se fera à travers une analyse prospective. Le but étant de deviner l'existence d'une possible future domination. En d'autres termes, on observe la situation de départ et on imagine ensuite comment elle évoluera.

207. Cependant, Si la délimitation du marché pertinent est systématique en matière de contrôle des abus de position dominante et de concentrations, tel n'est pas le cas en matière d'entente. Le Tribunal a pu à ce sujet affirmer qu'*"en principe la qualification d'entente au regard de l'article 81 du traité CE [101 du TFUE], n'impose pas une délimitation du marché concerné, à la différence de la qualification d'un comportement visé par l'article 82 [102 TFUE] relatif aux abus de position dominante"*²⁷⁷. Dans le premier cas la détermination du marché pertinent est liée à la caractérisation de l'affectation du commerce entre Etats membres et à l'altération de la concurrence. Dans le second, cette délimitation est la prémisse nécessaire à l'appréciation du comportement prétendument abusif.

208. Fort de ces précisions, il importe de dire qu'en instituant les dispositifs de contrôle des investissements étrangers, les États sont susceptibles d'enfreindre les dispositions du droit de la concurrence donnant compétence exclusive à la Commission quant au contrôle des opérations de concentration de taille communautaire. De plus, en prenant au travers de fonds stratégiques d'investissement, des participations dans le capital des entreprises stratégiques financièrement vulnérables, dans le but de stabiliser leur actionnariat et d'éviter que ces dernières ne passent sous pavillon étranger, les États peuvent aller à l'encontre de la prohibition des aides d'État posée par l'article 107 du TFUE. Enfin, en octroyant des droits exclusifs ou spéciaux aux entreprises stratégiques, dans le but de renforcer leur position concurrentielle, ces derniers s'exposent à une mise en porte à faux par rapport aux théories de l'abus automatique et des

²⁷⁷ TPICE, 29 novembre 2005, aff. T-64/02, *Dr. Hans Heubach GmbH & CO. KG.*, Rec., II-05137.

facilités essentielles développées sur la base des articles 106, §1 et 102 du TFUE. Il importe dès lors de présenter les risques de violation du droit des aides d'Etat, du droit des concentrations (*Section I*), ainsi que des théories de l'abus automatique et des facilités essentielles (*Section II*).

**Section I : Dispositifs de contrôle des investissements
étrangers, prises de participations dans le capital des
entreprises stratégiques et risques de violation du droit des
concentrations et du droit des aides d'État**

209. Situé en amont de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles²⁷⁸ et des aides d'Etat, le Contrôle des concentrations vise à "*s'assurer que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun, notamment par des opérations de concentration donnant lieu à la création ou au renforcement d'une position dominante*"²⁷⁹.

210. Historiquement, si le traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier du 18 avril 1951 ci-après traité CECA, organisait par le biais de son article 66, un contrôle des opérations de concentrations, tel n'était pas le cas du traité de Rome. En effet, il n'existait pas dans ce texte de dispositions spécifiques relatives à un tel contrôle. Persuadées de la nécessité d'avoir un droit de regard sur les opérations de concentration, les autorités communautaires s'appuyaient sur les articles 101 et 102 du TFUE pour soumettre à un contrôle *ex post*, les fusions et les prises de participation de contrôle constitutives d'une exploitation abusive de position dominante. Deux arrêts²⁸⁰ de la Cour du 21 février 1973 et du 17 septembre 1980 avait d'ailleurs reconnu aux dites autorités une telle compétence. Ce système de contrôle *a posteriori* s'avèrera par la suite inefficace, et porteur pour les entreprises d'une insécurité juridique résultant des incertitudes liées au risque d'annulation après coup des opérations de concentration. Fort de ce constat, les États se sont résolus à adopter un règlement instaurant un

²⁷⁸Ententes, pratiques concertées, abus de position dominante...

²⁷⁹TPICE, 25 mars 1999, aff. T-102/96, *Gencor Ltd c/ Commission*, Rec., II. 00753.

²⁸⁰CJCE, 21 février 1973, aff. C- 6/72, *Continental can c/ Commission*, Rec., 00495. ; CJCE, 17 septembre 1980, aff. C-730/79, *Philip Morris c/ Commission*, Rec., 02671.

contrôle préalable des opérations de concentration entre entreprises. Cependant, compte tenu des divergences de points de vue, plus de quinze ans se sont écoulés avant l'adoption par le Conseil, le 21 décembre 1989, du règlement (CE) n° 4064/89. Ce règlement a par la suite, été remplacé par le règlement (CE) n° 139/2004 du 20 janvier 2004²⁸¹ qui régit aujourd'hui le contrôle européen des opérations de concentration, mais qui est en cours de révision²⁸². Ce texte, sauf exception, exclut la soumission des opérations de concentration de taille communautaire aux règles nationales en matière de contrôle des fusions et acquisitions²⁸³. Par conséquent, seule la Commission peut interdire ou autoriser une opération de concentration de taille communautaire.

211. Or, les interventions des États en qualité d'autorité publique ou d'actionnaires spéciaux, soumettant à un régime d'autorisation préalable ou d'opposition *à posteriori*, les décisions stratégiques, ou les prises de participations dans le capital des entreprises stratégiques, peuvent entrer en contradiction avec cette compétence exclusive (**Paragraphe I**).

212. Toute autre règle que doivent respecter les États quand ils soutiennent leurs entreprises stratégiques, est celle posée par l'article 107, al. 1 du TFUE [87 al. 1 du TCE]. Cette disposition, en énonçant que "*sont incompatibles avec le marché commun dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelques formes que se soient qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions*", pose le principe de l'incompatibilité des aides d'État aux entreprises. Or les interventions des États en vue de sécuriser le capital des entreprises stratégiques, sous forme de prises de participations majoritaires ou minoritaires, peuvent rentrer en contradiction avec cette prohibition (**Paragraphe II**).

²⁸¹Op. cit.

²⁸²Sur l'historique de la réglementation européenne sur le contrôle des concentrations, voir Nicolas Petit, "*Droit européen de la concurrence*", LGDJ, Précis Domat, juin 2013. Sylvaine Poillot-Peruzetto, "*Concentrations*", Répertoire de droit européen, Dalloz. ;

²⁸³Article 21, § 3, du règlement n° 139/2004, préc.

Paragraphe 1 : Le possible détournement de la compétence exclusive de la Commission en matière de contrôle des concentrations de taille communautaire

213. Sur la précision selon laquelle par "*dispositifs de contrôle des investissements étrangers*" il faut entendre les dispositions nationales réglementant les relations financières avec l'étranger, ou encore celles instituant les actions spécifiques, le détournement de la compétence exclusive de la Commission en matière de contrôle des concentrations est assujettie à une double condition. Ce détournement ne sera en effet avéré, que s'il est constaté que les dispositifs de contrôle des investissements étrangers confèrent aux acteurs publics un droit de regard sur les opérations matérielles (**A**), de taille communautaire (**B**), relevant du règlement CE sur les concentrations.

A) Un détournement de compétence tiré de l'identité de champ matériel entre les dispositifs de contrôle des investissements étrangers et le règlement CE sur les concentrations

214. Le détournement de la compétence exclusive de la Commission n'existe que s'il est préalablement démontré que les opérations matérielles visées par les dispositifs de contrôle des investissements étrangers entrent dans la définition communautaire de la concentration. À cet

effet, l'article 3, §1 du règlement CE sur les concentrations énonce qu'"une concentration est réputée réalisée lorsqu'un changement de contrôle durable résulte:

a) de la fusion de deux ou plusieurs entreprises ou parties de telles entreprises, ou

b) de l'acquisition, par une ou plusieurs personnes détenant le contrôle d'une entreprises au moins ou par une ou plusieurs entreprises, du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou des parties d'une ou de plusieurs autres entreprises, que ce soit par prise de participation au capital, ou d'achats d'éléments d'actif, contrat ou tout autre moyen".

215. Les difficultés d'interprétation de cette disposition ont conduit la Commission à apporter des précisions sur la notion de concentration. Ainsi, dans la communication consolidée sur sa compétence²⁸⁴, l'autorité européenne précise que "*la concentration n'est réputée réalisée que lors d'un changement durable du contrôle des entreprises concernées*"²⁸⁵. Par ailleurs, le considérant 20 du règlement CE n° 139/2004²⁸⁶ évoque également le changement durable du contrôle et partant, de la structure du marché. Dès lors, la notion de concentration concerne les opérations entraînant un changement durable de la structure du marché. C'est donc dire que le droit des concentrations de l'Union adopte une définition de la concentration fondée sur un changement de contrôle durable, lequel s'opère à travers deux modes opératoires:

- la fusion qui traduit l'angle juridique de la définition de la concentration;
- l'acquisition de contrôle d'une entreprise qui appréhende la concentration sous l'angle économique.

²⁸⁴ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JOUE, n° C 43, 21 février 2009). A propos de cette communication, voir David Bosco, "*Nouvelle communication sur la compétence de la Commission en matière de concentrations*", CCC 2007, n° 8-9. ; Antoine Winckler et Frédéric De Bure, "*Quatre en un, et même davantage*", RLC janvier. 2007, n° 10.

²⁸⁵ Point 7 de la Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, op. cit.

²⁸⁶ Op. cit.

216. Partant de cette définition, il importe de dire qu'il y a l'identité de champ matériel d'application entre le règlement CE sur les concentrations et les dispositifs de contrôle des investissements étrangers, lorsque ces derniers visent soit une fusion(1), soit une acquisition de contrôle (2).

1) Une identité de champ matériel d'application résultant du contrôle étatique des fusions permis par les dispositifs de contrôle des investissements étrangers

217. Quoique conduisant sans conteste à une prise d'influence déterminante, la fusion n'est pas définie par le règlement CE sur les concentrations, de sorte qu'il est revenu au droit dérivé d'apporter des précisions. A cet effet, s'appuyant sur sa pratique décisionnelle, la Commission, dans la communication relative à sa compétence en matière de concentration²⁸⁷, indique qu'une "*concentration est réalisée lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent, créant une nouvelle entreprise et disparaissant en tant que personnes morales distinctes. Une fusion peut également avoir lieu lorsqu'une entreprise est absorbée par une autre, la personnalité juridique de cette dernière perdure tandis que l'entreprise absorbée cesse d'exister en tant que personne morale indépendante*". Cette disposition, combinée aux articles 2 et 3 de la directive n°2005/56/C du parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux²⁸⁸, vise deux types de fusions:

²⁸⁷ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, op. cit., point 9.

²⁸⁸ JO L n° 310 du 25 novembre 2005, p. 1. Il faut préciser que cette directive s'applique exclusivement aux sociétés de capitaux (articles 1 et 2) à savoir, les sociétés ressortissant du champ d'application de l'article 1^{er} de la directive n° 68/151/CEE du 9 mars 1968, ou toute société avec un capital social, jouissant de la personnalité juridique, possédant un patrimoine séparé qui répond à lui seul des dettes de la société, et soumise par sa législation nationale à des conditions de garanties telles qu'elles sont prévues par la directive n° 68/151/CEE pour protéger les intérêts des associés et des tiers. Selon Catherine Cathiard et Anne-Sophie Poirier (in, "*Fusion transfrontalière*", Répertoire de

- la fusion par la création d'une entité nouvelle à laquelle sont transférées les entreprises qui appartenaient aux entités anciennes, lesquelles disparaissent alors comme personne morale.
- la fusion par l'absorption de l'une des entités qui disparaît après avoir apporté son patrimoine à l'autre qui survit seule comme personne morale²⁸⁹.

218. Ces définitions ne posent pas de difficultés particulières quant à l'identification des mesures nationales instituant des actions spécifiques propres à conférer aux autorités publiques, des pouvoirs de contrôle empiétant sur la compétence exclusive de la Commission en matière de contrôle des concentrations. Il suffit en effet qu'un État, dans le but de protéger ses intérêts dans une entreprise stratégique, et partant d'éviter que celle-ci ne passe sous pavillon étranger, inclut les fusions dans la liste de décisions stratégiques devant faire l'objet d'une approbation de sa part.

219. Sur la base de ce raisonnement, certaines mesures nationales instituant des actions spécifiques²⁹⁰ auraient pu être reconnues contraires au droit communautaire des concentrations. A l'exemple de la "*ley*" n° 5/95 du 23 mars 1995²⁹¹ portant régime juridique de l'aliénation de participations publiques dans certaines entreprises espagnoles. Cette loi posait en son article 3, le principe d'une autorisation préalable applicable à certaines opérations, au compte desquelles figurait la fusion de l'entité privatisée. De même aurait pu être appréhendée, la mesure nationale portugaise conférant à l'État un droit de *veto* relatif à certaines délibérations de la société *EDP* ou des sociétés par elle dominées, lesquelles intégraient les

droit des sociétés, Dalloz) Il s'agit, pour le droit français, des sociétés immatriculées et énumérées à l'article L-236-25 du Code de commerce, à savoir : Société Anonyme (SA), Société en Commandite par Actions (SCA), Société à Responsabilité Limitée (SARL), Société par Actions Simplifiée (SAS) et Société Européenne (SE).

²⁸⁹ Point 9 de la Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, op. cit. ; Articles 2 et 3 de la Directive n° 2005/56/C, op. cit.

²⁹⁰ Raisonnement non exclusif de leur appréhension sous le visa des principes de la libre circulation. C'est d'ailleurs sous cet angle que les actions spécifiques ont été appréhendées par le droit communautaire.

²⁹¹ BOE n° 72, du 25 mars, op. cit.

opérations de fusion²⁹². Aurait tout aussi bien pu être appréhendée, l'action spécifique ouvrant la faculté au Ministre italien des finances d'opposer son veto à toute fusion²⁹³.

220. Cette précision faite, certaines interventions des États en vue de protéger leurs entreprises stratégiques, quoique ne visant pas expressément les fusions, peuvent heurter le droit des concentrations lorsqu'elles visent des opérations matérielles ouvrant la voie à un éventuel contrôle de l'entreprise cible.

2) Une identité de champ matériel résultant du droit de regard étatique sur les acquisitions de contrôle permis par les dispositifs de contrôle des investissements étrangers

221. L'article 3, §1, sous b) du règlement CE sur les concentrations²⁹⁴ énonce qu'une concentration peut résulter " *de l'acquisition, par une ou plusieurs personnes détenant le contrôle d'une entreprises au moins ou par une ou plusieurs entreprises, du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou des parties d'une ou de plusieurs autres entreprises, que ce soit par prise de participation au capital, ou d'achats d'éléments d'actif, contrat ou tout autre moyen*". Cette disposition adopte une définition de la concentration fondée sur l'acquisition de contrôle. Le critère du contrôle²⁹⁵ apparaît donc comme déterminant dans la définition de ce type de concentration. Cette importance n'a pas échappé aux rédacteurs du règlement qui ont pris le soin de préciser au paragraphe 2 de l'article 3 que ce contrôle "*(...) découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de*

²⁹² CJCE, 11 novembre 2010, aff. C-543/08, *Commission c/ Portugal*, préc.

²⁹³ CJCE, 26 mars 2009, aff. C-326/07, *Commission c/ Italie*, préc.

²⁹⁴ Op. cit.

²⁹⁵ Une précision doit être faite. En effet, le contrôle au sens du règlement est à différencier de celui résultant des législations nationales - Par exemple une législation nationale qui prévoit des règles particulières sur la structure des organes de gestion -, ou de celui résultant des droits et prérogatives exercées par l'État en tant que puissance publique et non en tant qu'actionnaire lorsqu'elles sont limitées à la seule défense de l'intérêt public - Communication sur la compétence de la Commission, préc., point 53 -.

fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment:

a) des droits de propriétés ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise;

b) des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise". Cette disposition définit donc le contrôle par la finalité de l'opération à savoir l'"exercice d'une influence déterminante".

222. Cependant, s'agissant de ce critère, des auteurs²⁹⁶ ont pu dire qu'il n'est pas de nature à circonscrire la notion de "contrôle". En effet, la notion d'"influence" qui n'est pas une notion juridique est tout aussi difficile à cerner que celle de "déterminante". Ce flou juridique semble laisser à penser que dans une attitude réaliste, les rédacteurs du règlement n'ont pas voulu enfermer la notion de contrôle dans une rigidité textuelle, pour laisser toute latitude au dépositaire du contrôle des opérations concentrations. Ce raisonnement révélerait l'importance de l'analyse au cas par cas. C'est précisément dans ce sens que va la Commission, dans sa Communication sur sa compétence quand elle énonce que "*la mesure dans laquelle une opération donne lieu à une prise de contrôle dépend dès lors d'un certain nombre d'éléments de fait et/ou de droit*"²⁹⁷.

223. Ces précisions générales faites, force est de constater que les opérations matérielles visées par certains dispositifs de contrôle des investissements étrangers entrent bien dans le champ d'application *rationae materiae* du règlement CE n° 139/2004, en ce qu'elles s'accordent avec la notion d'acquisition de contrôle, et/ou avec les procédés de cette acquisition.

224. En effet, s'agissant tout d'abord de la notion d'acquisition de contrôle, le règlement CE sur le contrôle des concentrations tend à régir non pas l'exercice du contrôle mais l'opération qui conduit à l'obtention de celui-ci. Ce point de vue dynamique a pour effet de donner à la

²⁹⁶ Sylvaine Poillot-Peruzetto, "Concentrations", op. cit.

²⁹⁷ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, préc., point 17.

Commission un pouvoir d'intervention portant sur l'objet de l'opération qui est en train de se dérouler²⁹⁸. Or, en s'arrogeant le droit, sur la base des dispositifs de contrôle des investissements étrangers, de décider du sort des opérations matérielles ouvrant la possibilité aux initiateurs - *entreprises ou personnes physiques notamment étrangères* - de contrôler ou plutôt d'"exercer une *"influence déterminante"* dans leurs entreprises stratégiques, les États instituent une intervention *ex ante*, et empiètent sur la Compétence réservée à la Commission. On en déduit qu'*a contrario*, le risque de détournement de compétence est exclu lorsque l'opération ne conduit pas à un changement de degré ou de qualité de contrôle²⁹⁹.

225. S'agissant des procédés de l'acquisition de contrôle, une analyse des paragraphes 1 et 2 de l'article 3 du règlement CE n° 139/2004³⁰⁰, montre tout aussi bien que les dispositifs de contrôle des investissements étrangers visent les opérations matérielles relevant de la compétence exclusive de la Commission. En effet, le paragraphe 2 de l'article 3 de ce règlement, en définissant le contrôle, ou du moins en précisant les sources de ce contrôle fait référence "*(...) (aux) droits de propriétés ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ; (et) (aux) droits ou (...) contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise*". Le paragraphe 1 de l'article 3 du même règlement, apporte des précisions sur ces sources de contrôle. Il évoque en effet "*(...) (les) prise(s) de participation(s) au capital, (...) (l)achat d'éléments d'actif, (les) contrat(s) ou tout autre moyen*". Nous nous attarderons sur les prises de participations et les achats d'éléments d'actifs, ces opérations matérielles étant le plus souvent visées par les mesures nationales protectrices des intérêts des États dans les entreprises stratégiques.

²⁹⁸ Sylvaine Poillot-Peruzetto, "*Concentrations*", op. cit.

²⁹⁹ Cette affirmation est confirmée par la décision rendue par la Commission dans l'affaire *Ford/Hertz* - Déc. Comm., 7 mars 1994, aff. IV/M.0397, JOCE n° C121 du 3 mai 1994 -. Dans cette affaire, la Commission avait conclu en la non application du règlement sur le contrôle des concentrations par ce que l'opération n'avait pas d'incidences sur le contrôle. L'étude de l'opération révélait en effet que *Ford* détenait déjà le contrôle de *Hertz*, et l'opération qui permettait à *Ford* d'augmenter sa participation de 5% n'avait changé ni le degré, ni la nature du contrôle.

³⁰⁰ Op. cit.

226.Le paragraphe 1 de l'article 3 susvisé cite en premier les prises de participations qui, à la vérité, permettent de rassembler les deux sources du contrôle. En effet, celles-ci permettent d'avoir un droit de propriété sur les actions ou parts sociales de l'entreprise cible. De plus, par les droits de vote attachés aux actions ou parts sociales, les prises de participations peuvent ouvrir, *de jure*, une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes de la société cible. Si la prise de participation peut de façon générale se faire selon les modalités d'une offre publique d'achat ou d'échange, ou d'une acquisition de gré à gré, celle-ci peut s'analyser en acquisition de contrôle, et donc en opération de concentration lorsqu'elle est majoritaire ou minoritaire.

227.Sans parvenir à la fusion absorption, une ou plusieurs entreprises peuvent prendre le contrôle d'une entreprise par le biais d'une prise de participation majoritaire. Une telle opération, qui ne coïncide pas nécessairement une prise de contrôle, suppose en soi une influence déterminante, notamment lorsque la participation majoritaire permet d'avoir la majorité des droits de vote³⁰¹.

228.S'agissant de la prise de participation minoritaire, le droit des concentrations de l'Union ne s'intéresse qu'à celles qui confèrent le contrôle de l'entreprise cible³⁰². De ce point de vue, l'article 59 de la communication³⁰³ de la Commission sur sa compétence prévoit qu'"*un actionnaire minoritaire peut [...] être considéré comme détenant un contrôle exclusif de fait. C'est notamment le cas lorsque celui-ci a la quasi-certitude d'obtenir la majorité à l'assemblée générale, compte tenu du niveau de sa participation et de la présence des actionnaires à l'assemblée générale au cours des années antérieures [...]. Si, au travers de sa participation, de la structure historique des votes à l'assemblée générale et de la position des autres*

³⁰¹ Sur la question, voir Sylvaine Poillot-Peruzetto, "Concentrations", op. cit. ; Enzo Moavero Milanese et Alexander Winterstein, "Minority Shareholding, Interlocking Directorships and The EC Competition Rules", Competition Policy Newsletter, février 2002, n° 1, p. 15 et suiv.

³⁰² La question relative à la possibilité d'appréhender les prises de participations minoritaires qui, quoique n'aboutissant pas à une prise de contrôle, ont néanmoins des effets sur la concurrence a suscité des débats. Un auteur a pu affirmer que le droit des concentrations apparaît comme un corpus textuel apte à appréhender de telles prises de participations (Johannes Lübking, "Acquisitions de participations minoritaires – une lacune des règles européennes sur les concentrations ?", RLC juillet 2012, n° 32, p. 8-10). Sur la question, voir aussi Florent Prunet et Gildas de Muizon, "Faut-il étendre le contrôle des concentrations aux prises de participations minoritaires ?", RLC octobre 2012, n° 33, p. 82-84.

³⁰³ Op. cit.

actionnaires, il est probable qu'un actionnaire minoritaire obtienne une majorité stable dans cette assemblée, cet actionnaire minoritaire principal sera considéré comme exerçant un contrôle exclusif sur l'entreprise". Un auteur³⁰⁴ a pu dire que "la réglementation des concentrations qualifie de prise de contrôle la mainmise d'une entreprise sur une autre entreprise chaque fois que l'opération a des répercussions sur l'autonomie économique de cette dernière : le critère du contrôle est tiré de son effet sur le marché, non de son objet (...)".

229.Au total, la prise de participation minoritaire de contrôle - *on parle dans ce cas de minorité qualifiée* - peut, compte tenu des circonstances de fait et de droit, conférer un contrôle exclusif.

230.Les circonstances de fait peuvent résulter de la dilution de l'actionnariat. Pour exemple, dans l'affaire *Arjomari/Wiggins*³⁰⁵, une prise de participation de 39% a pu être qualifiée d'opération de concentration du fait de la structure diluée de l'actionnariat. Aucun autre actionnaire ne disposait en effet de plus de 4% du capital. La Commission avait alors décidé que cette prise de participation aboutissait à un contrôle exclusif de fait.

231.Les circonstances de droit résultent de dispositions contractuelles ou statutaires, à l'instar des actions préférentielles pouvant ouvrir à leurs titulaires une majorité de droits de vote leur permettant de déterminer la stratégie commerciale de l'entreprise cible, ou d'un pacte d'actionnaire, ou enfin d'un droit potentiel que peut avoir l'actionnaire minoritaire sur l'entreprise. Ainsi en est-il du droit d'option qui, il faut le préciser, dès lors qu'il n'est pas mis en œuvre ne constitue pas une acquisition de contrôle de l'actionnaire minoritaire, pour autant que, compte tenu des circonstances de l'espèce, le bénéficiaire de ce droit ne dispose pas d'un contrôle de fait sur l'entreprise. Cette solution d'origine jurisprudentielle quant au droit d'option a été entérinée notamment par la communication de la Commission sur sa compétence³⁰⁶. En effet, l'autorité européenne précise au point 60 de ladite communication qu'"(une) option d'achat ou de conversion d'achat ne peut en soi conférer un contrôle exclusif,

³⁰⁴ Pierre Arhel, "Concentration", Répertoire de droit des sociétés septembre 2013, Dalloz.

³⁰⁵ Comm. Décis. du 10 décembre 1990, aff. IV/M. 0025, JO C 321 du 21.12.1990, p. 16.

³⁰⁶ Op.cit.

à moins que cette option ne s'exerce dans un proche avenir conformément à des accords juridiquement contraignants. Dans des circonstances exceptionnelles, une option peut néanmoins, ajoutée à d'autres éléments, permettre de conclure à l'existence d'un contrôle exclusif de fait".

232.L'achat d'éléments d'actifs apparaît aussi selon le paragraphe 1 de l'article 3 comme une source du contrôle. Il faut alors supposer que les actifs dont il s'agit sont nécessaires au fonctionnement de l'entreprise³⁰⁷.

233. Fort de ces précisions, il importe de dire qu'il ressort du règlement CE n°139/2004 sur les concentrations³⁰⁸, que seule la Commission est compétente pour apprécier l'acquisition de contrôle telle que précédemment définie. Or, en intervenant en qualité d'autorité publique pour apprécier ces opérations, les États risquent de détourner cette compétence exclusive.

234.C'est le cas, lorsque ces derniers, en vertu de législations nationales ou d'actions spécifiques, soumettent à autorisation préalable ou à opposition *a posteriori* les prises de participations pouvant conférer le contrôle de l'entreprise stratégique. C'est encore le cas lorsque, par les dispositions nationales règlementant les relations financières avec l'étranger, ou par celles instituant des actions spécifiques conférant aux pouvoirs publics des droits de veto, les États peuvent empêcher l'acquisition par toute entreprise, notamment étrangère, d'activités, d'actifs ou d'éléments d'actifs.

235.Pour exemple, les dispositions nationales françaises règlementant les relations financières avec l'étranger exigent une autorisation préalable du ministre de l'économie et des finances pour les investissements provenant notamment d'un État membre de la l'Union européenne. Cette autorisation est requise lorsque l'investissement en cause se rapporte à certaines activités

³⁰⁷ Ce procédé n'appelle pas de développements particuliers, sauf à dire qu'il peut s'agir de l'acquisition de tout ou partie des biens de l'entreprise cible, à l'exemple de l'acquisition d'une activité, d'une marque, d'une licence, d'équipements industriels nécessaire à la pérennisation d'une marque. S'agissant des marques et licences, la communication de la Commission sur sa compétence en matière de concentration, précise en son point 24, que celles-ci doivent pouvoir constituer une activité à laquelle on puisse rapporter un chiffre d'affaire.

³⁰⁸ Op. cit.

et a pour but, soit d'acquérir le contrôle - au sens de l'article L-233-3³⁰⁹ du code de commerce - d'une entreprise dont le siège social est établi en France, soit d'acquérir tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise dont le siège social est établi en France³¹⁰.

236. Plus significative, est l'hypothèse où les États se réservent le droit d'empêcher les actionnaires d'organiser le contrôle d'une entreprise par le jeu normal des outils du gouvernement d'entreprise. C'est le cas d'un décret-loi italien n° 332 du 31 mai 1994 portant dispositions pour l'accélération des procédures de cession des participations de l'État dans les sociétés par actions. Ce texte prévoyait l'introduction dans les statuts des sociétés contrôlées par l'État, d'une clause attribuant au Ministre de l'économie et des finances, le pouvoir de s'opposer à la conclusion de pactes ou d'accords entre actionnaires représentant au moins 5% des droits de vote³¹¹. Cette disposition pourrait être analysée comme instituant au profit du Ministre de l'Economie et des Finances, une compétence empiétant sur celle de la Commission, si le pouvoir spécial vise un pacte d'actionnaire s'analysant en source pertinente de contrôle.

237. L'identité de champ matériel est une condition nécessaire mais pas suffisante pour que soit avéré le détournement de la compétence exclusive de la Commission en matière de contrôle des concentrations.

³⁰⁹ Pour rappel, selon cet article, "I. - Une société est considérée, (...), comme en contrôlant une autre :

1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;

2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ;

4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

II. - Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

III. - Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale".

³¹⁰ Article R-153-3 et suiv. du CMF.

³¹¹ CJCE, 26 mars 2009, *Commission c/ Italie*, aff. C-326/07, préc.

B) Un détournement de compétence subordonné à la dimension communautaire des opérations visées par les dispositifs de contrôle des investissements étrangers

238. Apportant des précisions quant à son champ d'application, les dispositions introductives du règlement CE n° 139/2004 sur les concentrations, énoncent que les concentrations soumises au contrôle communautaire sont "*les modifications structurelles importantes dont l'effet sur le marché s'étend au delà des frontières nationales d'un Etat membre*"³¹². Le considérant 9 du même texte précise que ce champ d'application doit être défini en fonction de "*l'extension géographique de l'activité des entreprises concernées*", et dans tous les cas être limité à des seuils quantitatifs. Les articles 1^{er}, §1 et suivants du règlement prennent en compte ces paramètres et donnent davantage de substance au champ d'application du règlement ou du moins, à la notion de dimension communautaire. Ces dispositions sont complétées par la Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement CE n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises³¹³. Aux termes de ces textes, la dimension communautaire est définie en substance, en référence à des seuils exprimés en chiffre d'affaire.

239. De cette définition, on déduit que le risque de détournement de la compétence exclusive de la Commission, existe lorsque l'opération en cause est de dimension communautaire, parce que obéissant à des seuils (1). L'établissement de ces seuils nécessitant une prise en compte du chiffre d'affaire réalisé - *selon les termes du règlement* - par les "*entreprises concernées*", il importe d'apporter quelques précisions sur cette notion (2).

³¹² Règlement CE n° 139/2004, op. cit., considérant 8.

³¹³ JOUE n° C 43/10 du 21 février 2009.

1) Un risque de détournement de compétence conditionné à des seuils exprimés en chiffre d'affaire

240.Le règlement CE sur les concentrations³¹⁴ définit deux types de dimension communautaire, à savoir la *grande dimension communautaire* et la *petite dimension communautaire*.

241.S'agissant de la première, l'article 1, §2 du règlement CE n°139/2004³¹⁵ sur les concentrations la définit en référence à deux conditions cumulatives, qui se révèlent être en fait trois :

- le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par toutes les entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros et ;
- le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus de deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté, à l'intérieur d'un seul et même État membre.

242.Ces conditions peuvent s'exprimer au regard de trois seuils qu'il convient de vérifier cumulativement pour conclure à la dimension communautaire :

- un chiffre d'affaires total mondial de 5 milliards d'euros pour l'ensemble des entreprises concernées ;
- un chiffre d'affaires total communautaire individuel de 250 millions d'euros pour au moins deux des entreprises concernées ;
- chacune des entreprises concernées ne doit pas réaliser plus des deux tiers de son chiffre d'affaires dans la communauté à l'intérieur d'un seul état membre. Ce critère qui est en général appelé "*règle des deux tiers*", permet de vérifier le caractère

³¹⁴ Voir aussi la communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement CE n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, op. cit., points 124 à 128. Voir aussi Sylvaine Poillot-Peruzetto, "Concentrations", op. cit.

³¹⁵ Op.cit.

transnational de l'opération. Le règlement est ainsi applicable si l'une des entreprises seulement réalise plus des 2/3 de son chiffre d'affaires dans un état différent de l'autre ou des autres.

243.Le règlement vise ensuite la petite dimension communautaire. Conformément à l'article 1, §3 du règlement CE n° 139/2004 sur les concentrations, lorsque les seuils instituant la grande dimension ne sont pas atteints, l'opération de concentration reste néanmoins justiciable du droit de l'Union européenne si quatre conditions cumulatives sont réunies:

- le chiffre d'affaires total mondial de l'ensemble des parties intéressées à l'opération est de 2,5 milliards d'euros ;
- dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euros;
- dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'euros ;
- le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans la Communauté par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus de deux tiers de son chiffre d'affaires total dans la Communauté à l'intérieur d'un seul et même État membre.

244.Si les seuils quantitatifs s'avèrent être déterminants dans la définition de la "*dimension communautaire*" d'une opération de concentration, le calcul de ceux-ci nécessite que soit précisé ce qu'il faudrait entendre par "*entreprises concernées*".

2) Des seuils calculés en référence aux "*entreprises concernées*"

245. La notion d'"*entreprises concernées*" est mentionnée aux articles 1, § 1 et 5, § 4 du règlement CE sur les concentrations³¹⁶. En effet, évoquant le chiffre à prendre en compte dans le calcul des seuils, la première disposition fait référence au "*chiffre d'affaires total réalisé par (...) les entreprises concernées*". L'article 5, §4 quant à lui dispose que "*(...) le chiffre d'affaires total d'une entreprise concernée au sens du présent règlement résulte de la somme des chiffres d'affaires:*

a) de l'entreprise concernée;

b) des entreprises dans lesquelles l'entreprise concernée dispose directement ou indirectement:

i) soit de plus de la moitié du capital ou du capital d'exploitation;

ii) soit du pouvoir d'exercer plus de la moitié des droits de vote;

iii) soit du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance ou d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise;

iv) soit du droit de gérer les affaires de l'entreprise;

c) des entreprises qui disposent, dans une entreprise concernée, des droits ou pouvoirs énumérés au point b);

d) des entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point c) dispose des droits ou pouvoirs énumérés au point b);

³¹⁶ Voir aussi Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement CE n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, op. cit. points 129 et suiv. ; Sylvaine Poillot-Peruzetto, "*Concentrations*", op. cit.

e) des entreprises dans lesquelles plusieurs entreprises visées aux point a) à d) disposent conjointement des droits ou pouvoirs énumérés au point b)".

246. Cette dernière disposition a été analysée par la communication de la Commission sur sa compétence, comme fixant *"les critères détaillés qui permettent de définir les entreprises dont le chiffre d'affaire peut être attribué à l'entreprise concernée en raison de certains liens directs et indirects avec cette dernière"*³¹⁷. La Commission a pu considérer dans cette communication que l'objectif du législateur était *"de fixer des règles concrètes qui, conjointement, peuvent être considérées comme déterminant la notion de "groupe" aux fins des seuils de chiffre d'affaires dans le règlement sur les concentrations"*³¹⁸.

247. Il ressort de ces considérations, que par *"entreprises concernées"*, il faut entendre les entreprises directement touchées par l'opération de concentration. De ce point de vue, si la détermination des *"entreprises concernées"* ne pose pas de difficultés lorsqu'on est en présence d'une fusion, tel n'est pas le cas dans l'hypothèse d'une prise de contrôle. S'appuyant sur sa pratique, la Commission, dans sa communication sur sa compétence³¹⁹ apporte des précisions quant à la détermination des entreprises directement concernées en cas d'acquisition de contrôle.

248. La Commission évoque tout d'abord l'hypothèse d'une prise de contrôle exclusif et plusieurs cas de figures y relevant. Ainsi, si la prise de contrôle est exclusive et qu'elle porte sur toute une entreprise, les entreprises touchées sont l'entreprise acquéreuse et l'entreprise cible. En revanche, en cas d'acquisition de la société cible par un groupe qui opère par l'entremise d'une filiale, la Commission précise que *"si la filiale est normalement considérée comme l'entreprise concernée aux fins du calcul du chiffre d'affaires, le chiffre d'affaires de toutes les entreprises avec lesquelles la société concernée a les liens décrits à l'article 5, paragraphe 4, doit être*

³¹⁷ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement CE n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, op. cit, point 130.

³¹⁸ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement CE n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, op. cit, point 130.

³¹⁹ Op. cit.

pris en compte dans le calcul des seuils. À cet égard, le groupe est considéré comme un ensemble économique unique et les différentes sociétés faisant partie du même groupe ne peuvent pas être considérées comme différentes sociétés concernées aux fins de l'établissement de la compétence dans le cadre du règlement sur les concentrations"³²⁰. De plus, si la prise de contrôle exclusif ne porte que sur des parties d'une entreprise, la Commission considère que *"les entreprises concernées seront, dans ce cas, la ou les parties acquéreuses et la ou les parties acquises de l'entreprise cible, mais les activités conservées par le cédant ne seront pas prises en compte"*³²¹. Lorsque la prise de contrôle exclusif résulte de la transformation d'un contrôle en commun du fait de l'acquisition par un seul actionnaire de la part de l'autre ou des autres, les entreprises touchées sont l'actionnaire acquéreur et l'entreprise commune³²².

249. Comme pour la prise de contrôle exclusif, la Commission identifie et précise plusieurs cas de figure en cas de prise de contrôle en commun. Ainsi, lorsque la prise de contrôle en commun porte sur une entreprise nouvellement créée, les entreprises concernées sont celles qui prennent le contrôle. La Commission précise que *"La même règle s'applique lorsqu'une entreprise apporte une filiale ou une activité préexistante (sur laquelle elle exerçait précédemment un contrôle exclusif) dans une entreprise commune nouvellement créée. Dans ce cas, chacune des entreprises exerçant le contrôle en commun est considérée comme une entreprise concernée, ce qui n'est pas le cas de toute société ou activité apportée dans l'entreprise commune, et son chiffre d'affaires fait partie du chiffre d'affaires de la société fondatrice initiale"*³²³. En revanche, lorsque la prise de contrôle en commun porte sur une entreprise ou une activité existante, *"les entreprises concernées sont, d'une part, chacune des entreprises prenant le*

³²⁰ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement CE n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, op. cit., point 135.

³²¹ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement CE n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, op. cit., point 136.

³²² Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement CE n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, op. cit., point 138.

³²³ Communication consolidée sur la compétence de la Commission en vertu du règlement CE n° 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, op. cit., point 139.

contrôle en commun et, d'autre part, l'entreprise ou l'activité préexistante acquise"³²⁴. De plus, lorsque la prise de contrôle en commun est le fait d'une entreprise commune, la Commission considère que *"la question se pose de savoir si l'entreprise commune doit ou non être considérée comme l'entreprise concernée (dont le chiffre d'affaires inclurait celui de ses sociétés mères) ou si chacune de ses sociétés mères doit être considérée comme une entreprise concernée"*³²⁵. L'institution européenne admet que *" si, d'une manière générale, l'entreprise concernée est l'entreprise commune en tant (que) partie prenante directe à la prise de contrôle, il peut arriver que des sociétés créent des "sociétés coquilles" et que les sociétés mères soient chacune considérées comme des entreprises concernées"*³²⁶. Cette circonstance exige selon elle un examen de la *"la réalité économique de l'opération pour identifier les entreprises concernées"*³²⁷. Fort de ces analyses, la Commission considère que *"lorsque l'acquisition est faite par une entreprise commune de plein exercice, (...), qui opère déjà sur le même marché" les entreprises concernées seront l'entreprise commune et l'entreprise cible. En revanche, "lorsque l'entreprise commune peut être considérée comme un simple vecteur utilisé pour une acquisition par les sociétés mères, (les) entreprises concernées (seront) chaque entreprise fondatrice, plutôt que l'entreprise commune en question, et la société cible"*³²⁸.

250.En définitive, le risque de détournement de la compétence exclusive de la Commission en matière de contrôle des opérations de concentration, ne sera avéré que si les dispositifs nationaux de contrôle des investissements étrangers, visent les opérations de dimension communautaire telles que précédemment définies.

³²⁴ Communication de la Commission sur sa compétence en matière de contrôle des opérations de concentration, précité, point 140.

³²⁵ Communication de la Commission sur sa compétence en matière de contrôle des opérations de concentration, précité, point 145.

³²⁶ Communication de la Commission sur sa compétence en matière de contrôle des opérations de concentration, précité, point 145.

³²⁷ Communication de la Commission sur sa compétence en matière de contrôle des opérations de concentration, précité, point 145.

³²⁸ Communication de la Commission sur sa compétence en matière de contrôle des opérations de concentration, précité, point 147.

251.Ces développements faits, force est de constater qu'outre le risque de violation du droit européen des concentrations, le patriotisme économique, matérialisé par les prises de participation majoritaires ou minoritaires dans le capital des entreprises stratégiques, au travers notamment de fonds stratégiques d'investissement, peut entrer en contradiction avec la prohibition des aides d'État.

Paragraphe 2 : La possible violation par "l'État patriote" de la prohibition des aides d'État

252.L'article 107, §1 du TFUE [article 87, §1 du TCE] énonce que "*sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions*". En disposant ainsi, le droit de l'Union européenne pose le principe de la prohibition des aides d'États³²⁹.

253.Cette prohibition de principe peut être contrariée par le patriotisme économique. En effet, face au risque de passage de certaines entreprises stratégiques sous pavillon étranger, et donc de perte d'influence sur celles-ci, les États peuvent être tentés de répondre par des prises de participations majoritaires ou minoritaires en vue de sécuriser le capital de ces dernières. En pratique, ces derniers effectuent ce type d'opérations à travers les fonds stratégiques d'investissement. C'est le cas en France avec la *BPI France Investissement* ci-après "*BPI-FI*". C'est aussi le cas de l'État italien qui s'est doté d'un fond d'investissement stratégique.

³²⁹ Sur les aides d'Etat, voir Jean-Michel COMMUNIER, "*Le droit communautaire des aides d'État*", LGDJ, coll. Systèmes, 2000. ; Marianne DONY avec la collaboration de François RENARD et Catherine SMITS, "*Contrôle des aides d'État*", Commentaire J. Mégret, tom. 3, 3^e éd. mise à jour, 2007, éd. ULB. ; Marianne DONY et Catherine SMITS (sous la direction de), "*Aides d'État*", 2005, éd. ULB. ; Jean Paul KEPPELNE, "*Guide des aides d'État en droit communautaire*", 1999, Bruylant. ; Christina SIATERLI, "*La notion d'aide d'État au sens de l'article 87 § 1 CE, 2001*", thèse, Strasbourg. ; Dominique BERLIN, "*Le contrôle des aides d'État*", in Au carrefour des droits, Mélanges L. Dubouis, 2002, p. 251-292, Dalloz. ; Louis Dubois et Claude Blumann, "*Droit matériel de l'Union européenne*", Montchrestien, Paris, 2012, 6e édition.

254. Il importe cependant de dire que la violation de la prohibition des aides d'Etat n'est pas automatique. En effet, les autorités de la concurrence se doivent de vérifier que les conditions posées par le droit de l'Union européenne sont réunies. De ce point de vue, le préalable à la condamnation des États, ou plutôt l'illégalité européenne des prises de participations effectuées par les fonds stratégiques d'investissement, nécessite qu'il soit constaté que celles-ci répondent aux critères de l'aide d'État (**A**), et qu'elles aient un effet perturbateur sur la concurrence et sur le commerce entre les États membres (**B**).

A) Une violation résultant de l'adéquation entre les prises de participations effectuées par les fonds stratégiques d'investissement et les critères inhérents à l'aide d'État

255. L'article 107 du TFUE appréhende l'aide d'État par ses effets et n'en donne pas une définition claire. Cette démarche laisse penser que les rédacteurs du traité se sont refusés à adopter une approche théorique, et trop précise de cette notion. Ils ont donc préféré une construction progressive et flexible, évoluant au fil de la maturité de la pratique, de sorte que c'est au droit dérivé, et surtout à la jurisprudence, qu'est revenue la tâche de cerner les contours de la notion d'aide d'État.

256. Aux yeux de la jurisprudence et de la Commission, une mesure constitue une aide d'État au sens de l'article 107 du TFUE si elle satisfait à trois conditions cumulatives. Elle doit avoir une origine étatique, elle doit entraîner un avantage pour l'entreprise bénéficiaire et revêtir un caractère sélectif.

257. Dans leur énoncé, ces critères ne paraissent pas soulever de difficultés particulières, surtout lorsqu'une subvention est versée par l'État directement à une entreprise. Cependant, la nature

de plus en plus complexe des systèmes d'aides a rendu ardue l'application de ces critères, et mis en évidence le caractère imparfait de la définition du traité. Ce constat a amené les institutions judiciaires à développer une abondante jurisprudence complétant et affinant la définition textuelle. Cette œuvre jurisprudentielle, qui a eu le mérite de lever les incertitudes quant aux critères de l'aide, n'a pas manqué de réduire la marge de manœuvre des États quant aux soutiens financiers qu'ils peuvent apporter aux entreprises notamment stratégiques.

258. Au total, si en prenant des participations dans les entreprises stratégiques par le biais de fonds stratégiques, les États courent le risque de tomber sous le coup de la prohibition des aides d'État, ils ne pourront être notamment condamnés, que si les prises de participations effectuées par les fonds stratégiques sont considérées comme étant d'origine étatique (1). Ces dernières doivent en outre avoir un caractère sélectif et procurer un avantage aux entreprises stratégiques (2).

1) Des prises de participations devant être reconnues d'origine étatique

259. Les prises de participation dans le capital des entreprises stratégiques à travers les fonds stratégiques d'investissement, ne peuvent tomber sous le coup de la prohibition des aides d'État que s'il est préalablement démontré que celles-ci sont d'origine étatique.

260. D'apparence simple, le critère de l'origine étatique soulève quelques difficultés tenant à la formulation l'article 107, §1 du TFUE. En effet, cette disposition vise les "*aides accordées par les États membres ou au moyen des ressources d'État*". Les débats quant à cette formulation ont tout d'abord tourné autour du caractère exclusif ou inclusif de l'expression "*ou*". Au terme d'un long cheminement, la jurisprudence a adopté une approche cumulative. Le Tribunal a ainsi pu affirmer que, "*pour qu'ils puissent être qualifiés d'aides au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE [article 107, paragraphe 1 du TFUE], les avantages doivent, d'une part, être accordés directement ou indirectement au moyen de ressources d'Etat (...) et, d'autre*

part, être imputables à l'Etat (...)"³³⁰. Il importe dès lors de préciser le sens qu'il faut donner aux expressions "*aides accordées par les Etats membres*" et "*aides accordées au moyen des ressources d'Etat*". À ce sujet, force est de constater qu'en adoptant ces formules, le traité, pour définir l'aide d'État, fait appel à un double critère organique et financier.

261. Selon le premier critère, la mesure sera qualifiée d'aide lorsqu'elle émane de l'État central, mais aussi des entités décentralisées, et même des collectivités locales³³¹. Cependant, peut-on qualifier d'aide d'État, les mesures provenant d'entreprises publiques ou privées? C'est la problématique que pose notamment les fonds stratégiques d'investissement, qui sont souvent constitués sous la forme d'entreprises privées, comme c'est le cas en France avec la BPI-FI³³², entité héritière du *FSI*³³³.

262. La jurisprudence de l'Union répond à cette interrogation par le critère "*de l'intensité du lien de dépendance avec l'État*"³³⁴. Ce critère a été mis en œuvre pour éviter que les États ne contournent la prohibition des aides d'État, en soutenant financièrement les entreprises par le biais d'entreprises privées ou publiques. Selon ce critère, l'imputabilité à l'État des mesures d'aides octroyées par les entreprises publiques ou privées, commande qu'il soit recherché, au-delà de la qualité de l'organe, si l'État contrôle l'entreprise à l'origine de la mesure d'aide.

263. Sur la base de ce critère, la qualification d'aide d'État a par exemple été reconnue à des allocations versées par des entreprises privées sur lesquelles l'État exerçait un certain contrôle. Ainsi, dans l'affaire du Crédit Agricole³³⁵, les allocations versées par cet organisme aux agriculteurs, ont été qualifiées d'aides d'État parce que l'État disposait d'un pouvoir d'approbation sur les décisions de l'entreprise.

³³⁰ TPI, 6 mars 2003, aff. jtes T-228/99 et T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale c/Commission*, Rec., II. 435, point 179. ; CJCE, 16 mai 2002, aff. C-303/88, *France c/ Commission*, Rec., p. I-4397, point 24.

³³¹ En ce sens, CJCE, 14 octobre 1987, aff. C-248/84, *Allemagne c/ Commission*, Rec., 4013. Voir aussi, Frédérique Berrod, "*Aides (notion)*", op. cit. Paragraphe 13.

³³² *BPI France Investissement*.

³³³ Fonds Stratégique d'Investissement qui était aussi une entreprise privée.

³³⁴ Louis Dubois et Claude Blumann, "*Droit matériel de l'Union européenne*", op. cit.

³³⁵ CJCE, 30 janvier 1985, aff. C-290/83, Rec., 00439.

264. Proches de notre sujet, certaines affaires relatives aux opérations étatiques de recapitalisation offrent quelques illustrations quant au critère de l'intensité du lien de dépendance³³⁶. Dans cette matière en effet, la Commission a très tôt reconnu que "*sont à considérer comme prises de participation publiques, les participations directes de l'Etat et des autres collectivités territoriales, ainsi que des organismes financiers ou autres à vocation nationale, régionale ou sectorielle, (...) sur lesquels l'Etat ou les autres collectivités territoriales exercent une influence dominante*"³³⁷. S'ajoutaient à cette liste, les entreprises publiques telles que définies à l'article 2 de la directive du 25 juin 1980³³⁸ relative à la transparence des relations financières entre les États et les entreprises publiques, devenue après la codification des directives numéros 80/723/CEE, 85/413/CEE, 93/84/CEE, 2000/52/CE et 2005/81/CE, la directive n° 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises³³⁹.

265. La position de la Commission a été quelque peu entérinée par la Cour dans des affaires relatives à la constitution de holdings en vue de la recapitalisation de certaines entreprises en difficulté. C'est le cas du contentieux provoqué par des apports en capitaux de deux holdings publics, l'*IRI* et la *Finmeccanica*, au groupe *Alfa Romeo*. Dans cette affaire, contestant la décision³⁴⁰ de la Commission concluant au caractère d'aide d'État de l'opération, le gouvernement italien ne manqua pas de saisir la Cour. A l'appui de son recours, ledit gouvernement soutenait que les apports en question ne pouvaient être des aides d'État, car ils

³³⁶ Sur la question, voir Robert Kovar, "*Les prises de participation publiques et le régime communautaire des aides d'Etat*", RTDcom. 1992, p. 109. ; Michel Bazex, "*Le régime juridique des prises de participation des pouvoirs publics dans le secteur privé*", note sous Aut. Conc., décis. n° 11-DCC-10 du 25 janvier 2011, Droit administratif n° 8, août 2011. ; Michel Bazex, "*Le régime juridique des prises de participation des personnes publiques dans le capital des entreprises*", note sous TPIUE 3 mars 2010, aff. T-163/05, *Bundesverband Deutscher Banken EV*, Droit administratif n° 10, octobre 2010.

³³⁷ Bull. CE, n° 9-1984.

³³⁸ *JOCE*, n° L. 195, du 29 juillet 1980.

³³⁹ JO n° L 318 du 17 novembre .2006, p. 17–25. L'entreprise publique y est définie comme toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

³⁴⁰ Comm. Décis. n° 89/661/CEE du 31 mai 1989, *JOCE* n° L. 394, p. 9.

résultaient de décisions autonomes de nature économique, prises par l'*IRI* ou par *Finmeccanica*. Rejetant cette objection, la Cour rappela à titre liminaire qu'"(...), il n'y a pas lieu de distinguer entre les cas où l'aide est accordée directement par l'État et ceux où l'aide est accordée par des organismes publics ou privés que l'État institue ou désigne en vue de gérer l'aide"³⁴¹. Par la suite, l'institution judiciaire européenne faisait observer que l'examen de la législation italienne révélait que l'État avait attribué à l'*IRI* un fond de dotation, et que ce holding de son côté, contrôlait le capital de *Finmeccanica*. Cette circonstance était de nature à établir l'étroitesse des relations financières existant entre l'État italien et les deux holdings. La Cour déduisait *in fine* que la subordination organique de l'*IRI* au gouvernement italien était incontestable, dans la mesure où ce dernier désignait les membres de l'organe de gestion de l'*IRI*, qui lui-même nommait les dirigeants de "*Finmeccanica*"³⁴².

266.Dans une autre affaire jugée le même jour³⁴³, le même gouvernement avait introduit un recours en annulation contre une décision de la Commission relative à des aides accordées à l'*ENI-Lanerossi*³⁴⁴. L'autorité administrative européenne avait constaté que les injections de capitaux réalisées de 1983 à 1987 dans les filiales du groupe *ENI-Lanerossi* contrevenaient aux dispositions du traité relatives à la prohibition des aides d'État. S'inscrivant dans le droit fil de sa doctrine extensive, la Cour a pu noter que l'examen des textes statutaires qui régissaient l'*ENI* révélait le placement de cet organisme sous le contrôle étroit de l'État³⁴⁵.

267.Si les affaires relatives aux actions étatiques de recapitalisation des entreprises ont montré l'invariabilité de la Cour quant à sa doctrine du contrôle, elles lui ont permis d'affiner sa position. Ainsi, dans une affaire relative³⁴⁶ à la recapitalisation de la société *Stardust* et à

³⁴¹ CJCE, 21 mars 1991, aff. C-305/89, *République italienne c/ Commission*, Rec., I. 1603 point 13.

³⁴² A propos de cet arrêt, voir Jacques Biancarelli, "*Le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'aides publiques*", AJDA 1993, p.412.

³⁴³ CJCE, 21 mars 1991, aff. C-303/88, *République italienne c/ Commission*, Rec., I. 1433.

³⁴⁴ Comm. Décis. n° 89/43 du 26 juillet 1988, JOCE n° L 16, du 20 janvier 1989, p. 52.

³⁴⁵ CJCE, arrêt 21 mars 1991, aff. C-303/88, *Italie c/ Commission*, préc., points 11 et 12.

³⁴⁶ CJCE, 16 mai 2002, aff. C-482/99, *République française c/ Commission*, Rec., p. I-4397.

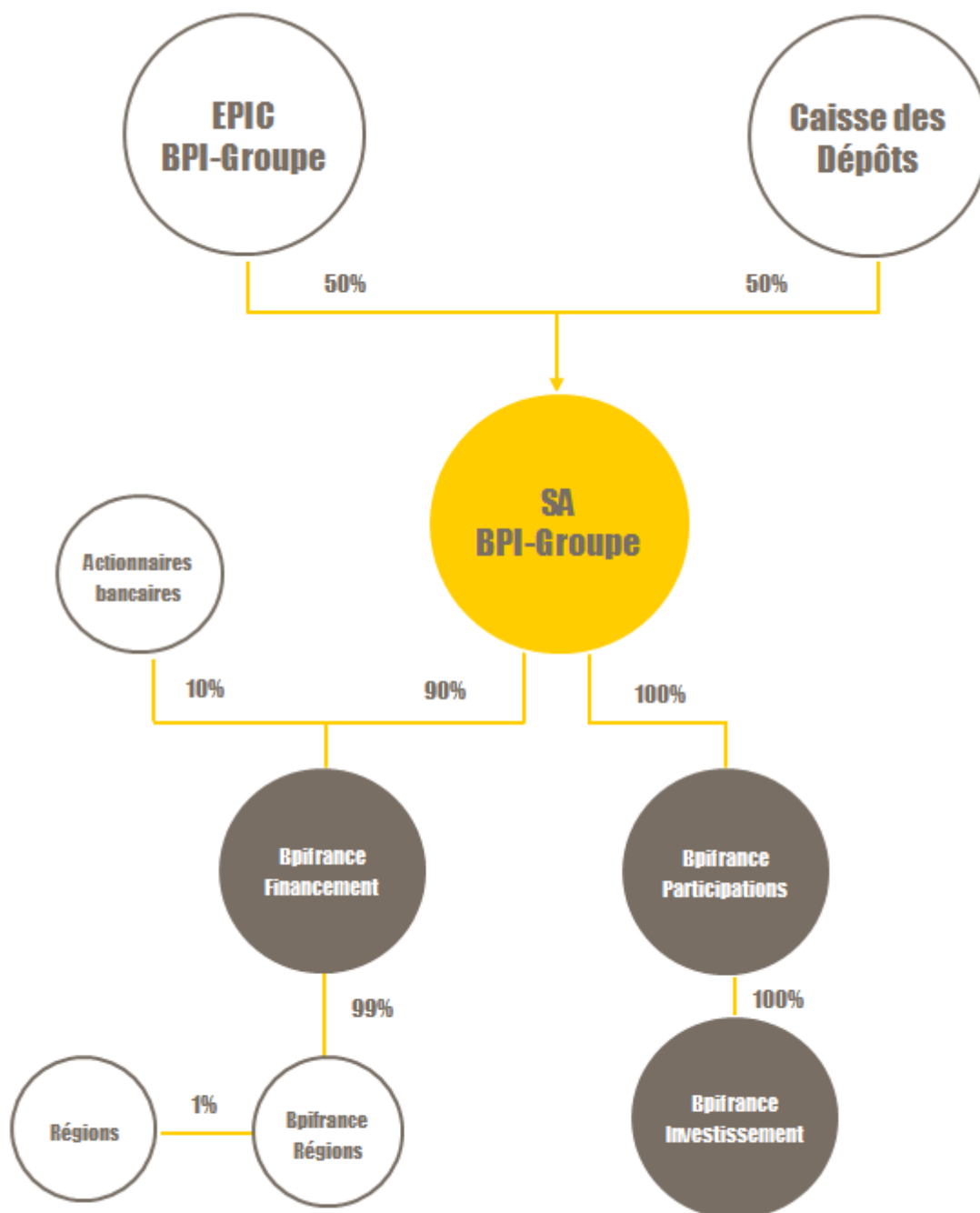
d'autres mesures de restructuration qui avaient été adoptées par la banque *SBT*, filiale d'*Altus Finance*, elle-même filiale du *Crédit Lyonnais*, la question notamment posée en substance à la Cour était celle de savoir si l'imputabilité pouvait être tirée de l'*existence* ou de l'*exercice* du contrôle. Dans cette affaire, s'appuyant sur le critère purement organique, la Commission avait considéré que l'imputabilité à l'État de la mesure résultait du seul fait du contrôle de principe de ce dernier sur l'entreprise. L'État français quant à lui, soutenait notamment que la mesure en cause ne constituait pas une aide, car il n'y avait pas emploi d'une ressource étatique, et qu'en tout état de cause cet emploi ne lui était pas imputable. La Cour rejeta la première branche du moyen développé par l'Etat français, en soulignant que ce dernier détenait presque 100 % des droits de vote du *Crédit Lyonnais*, et était donc en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'entreprise. En revanche, elle fit droit à l'argument du même État réfutant l'imputabilité de la mesure. Elle affirma qu'une telle imputabilité ne pouvait être la seule conséquence du contrôle par l'État de l'entreprise en cause, mais devait être démontrée concrètement au cas par cas³⁴⁷. Il ressort au total de cette jurisprudence, qu'il ne suffit pas que le contrôle existe, il faut qu'il soit exercé.

268. Fort de ces développements, il est possible de dire qu'une prise de participation de la *BPI-FI* peut juridiquement être considérée comme d'origine étatique. En effet, l'analyse de cette entité privée³⁴⁸ montre l'étroitesse de ses liens financiers avec l'Etat français, ou plutôt une certaine dépendance vis-à-vis de cet Etat. Comme le montre le schéma³⁴⁹ ci-dessous, la *BPI-FI* est une filiale à 100% de *BPI France participations*, elle-même filiale à 100% de *BPI Groupe SA* - ci-après *BPI-G* -, détenu à 50% chacun par la Caisse des dépôts - ci-après *CDC*, entité financière publique créée en 1816 et placée sous le contrôle direct du Parlement français - et par l'EPIC *BPI Groupe* - établissement public industriel et commercial.

³⁴⁷ A propos de cet arrêt, Sylvaine Poillot-Peruzzetto, "*Aides d'Etat*", RTDcom. 2003 p. 407.

³⁴⁸ En ce sens, voir Jérôme Lasserre Capdeville, "*La banque publique d'investissement: présentation générale*", Bulletin joly Bourse, 1er février 2013, n°2, p. 68.

³⁴⁹ Source: Rapport Annuel BPI-Groupe 2013, <http://www.bpifrance.fr/Bpifrance/Notre-mission>, rubrique Documentation.



269. C'est donc dire qu'à travers l'EPIC *BPI Groupe* - établissement public - et la "CDC" - sous contrôle public -, l'Etat contrôle *BPI-FI*. Ce contrôle lui permet d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'affectation des fonds propres, d'autant plus que l'analyse de la gouvernance de cette entreprise montre que son Conseil d'Administration comporte en son sein

bon nombre d'administrateurs représentant l'État ou la CDC³⁵⁰.

270. Toute autre exigence est celle de l'origine publique de la ressource finançant la mesure. Cette condition amène à se demander si les ressources financières permettant aux fonds stratégiques - entités privées - de prendre des participations peuvent être qualifiées de ressources publiques ? À cette interrogation la Cour répond en soulignant que la ressource cesse d'être privée dès lors que l'État en a le contrôle. C'est ce qui a été jugé dans l'affaire *Ladbroke*³⁵¹, où les fonds en cause étaient des dépôts privés gérés par la Caisse des Dépôts et Consignations. La Cour a considéré dans cette affaire que le simple fait que l'État soit investi à un moment donné de la faculté de décider de l'orientation des fonds, suffisait à les rendre publics au sens de l'article 87 du TCE [article 107 du TFUE]³⁵².

271. Ces précisions faites, il faut dire qu'outre la qualification en origine étatique, les prises de participations dans le capital des entreprises stratégiques doivent avoir un caractère sélectif et procurer un avantage à ces dernières.

2) Des prises de participations devant avoir un caractère sélectif et procurer un avantage économique à l'entreprise stratégique

272. Selon le critère de l'avantage économique³⁵³, l'aide d'Etat existe lorsque l'entreprise bénéficiaire tire un avantage anormal. Considérant un tel avantage comme étant propre à

³⁵⁰ Rapport annuel 2013, BPI France Financement, <http://www.bpifrance.fr/Bpifrance/Notre-mission>, rubrique documentation.

³⁵¹ TPICE, 12 décembre 1996, aff. T-67/94, *Ladbroke c/ Commission*, Rec., II. 00001. Affaire approuvée par la CJCE le 16 mai 2000, aff. C-83/98 P, Rec., I. 03271.

³⁵² En ce sens, voir Frédérique Berrod, "*Aides (notion)*", op. cit. Paragraphes 17 et suivants. ; Louis Dubois et Claude Blumann, "*Droit matériel de l'Union européenne*", op. cit. ; David Tayar et Adrien Giraud "*L'interprétation du critère de l'emploi de ressources d'État par la Cour de justice : le révélateur d'une lecture formaliste de l'article 87 du Traité CE ?*", LPA 2005, n° 240, p. 4.

³⁵³ Sur la notion d'avantage économique, voir Berrod, "*Aides (notion)*", op. cit. Paragraphes 52 et suivants.

favoriser ou à renforcer la position concurrentielle de l'entreprise bénéficiaire sur le marché, la Cour a au fil des décisions, pu isoler certains éléments permettant de détecter la présence d'un avantage anormal faussant le jeu normal de la concurrence. Ainsi, le critère de l'avantage économique est notamment rempli lorsque l'intervention étatique met en cause l'égalité des entreprises devant les conditions de concurrence. De ce point de vue, l'avantage devient anormal lorsqu'il est dépourvu d'une contrepartie équivalente directement liée à l'opération envisagée. On en déduit que le critère de l'avantage est rempli s'il apparaissait que l'opération en cause était dépourvue de toute rationalité économique.

273. S'agissant du critère de la sélectivité³⁵⁴ de l'aide, l'article 107, §1 du TFUE considère que les aides incompatibles avec le marché intérieur sont celles qui favorisent "*certaines entreprises ou certaines productions*". Apportant des précisions quant à cette condition, la Cour considère qu'il ne suffit pas qu'une ou plusieurs entreprises ou un secteur d'activités bénéficient d'un avantage économique, mais que l'avantage profite à certaines entreprises ou à certains secteurs à l'exclusion d'autres³⁵⁵.

274. Les prises de participations effectuées par les fonds étatiques d'investissement dans les entreprises stratégiques peuvent-elles être économiquement irrationnelles et revêtir un caractère sélectif? Il semble à priori difficile de répondre par l'affirmative, car la *BPI-FI*, a précisé vouloir s'inscrire dans la droite ligne de son devancier³⁵⁶ le *FSI*. Or ce dernier, loin de vouloir conférer un avantage à une quelconque entreprise, affirmait vouloir s'inscrire dans une dynamique de prise de participation dans des projets rentables³⁵⁷. On peut ainsi lire dans le document afférent à la doctrine d'investissement de la *BPI-FI* que "*Bpifrance Investissement*

³⁵⁴ Sur la sélectivité de l'aide, voir Frédérique Berrod, "*Aides (notion)*", op. cit. Paragraphes 73 à 81.

³⁵⁵ TPICE, 29 septembre 2000, aff. T-55/99, *CETM c/ Commission*, Rec., II. 3207, point 40.

³⁵⁶ Voir en ce sens le document afférent à la doctrine d'investissement de "*BPI Groupe France*", file:///C:/Users/Simen/Downloads/DoctrineBpifranceavril2014.pdf, page 6.

³⁵⁷ Orientations du Fonds Stratégique d'Investissement, Point 2 -1.

est un investisseur avisé opérant aux conditions de marché"³⁵⁸. Ces principes directeurs quant aux décisions d'investissement enlèveraient tout avantage conféré aux entreprises ou tout caractère sélectif aux prises de participations effectuées par la *BPI-FI*. Cependant, la réalité amène à nuancer ces affirmations, du moins sous l'angle de la sélectivité. En effet, comme démontré précédemment, la *BPI-FI* est sous le contrôle de l'État français, en conséquence, les décisions d'investissement qu'il peut prendre peuvent obéir à des considérations politiques. Pour exemple, face aux rumeurs d'une OPA hostile de l'entreprise américaine *Danaher* sur *Ingénico*, le gouvernement français avait un temps envisagé, au travers d'une prise de participation faite par le devancier de la *BPI-FI* - le *FSI* -, de sécuriser le capital de cette entreprise qu'il considérait comme stratégique³⁵⁹. Pourquoi Ingenio et pas une autre entreprise? Une telle opération, si elle avait été réalisée, aurait pu être appréhendée sous l'angle de la sélectivité.

275. Toute autre condition nécessaire au constat de la violation de la prohibition des aides d'Etat est celle de l'effet perturbateur sur la concurrence et sur les échanges.

B) Une violation découlant de l'effet perturbateur des prises de participations sur la concurrence et sur les échanges entre États membres

276. La qualification en aides d'État, des prises de participations faites par les fonds stratégiques nécessite qu'il soit *in fine* constaté que celles-ci affectent les échanges et altèrent les conditions de la concurrence. Il importe de présenter ces deux conditions (1), avant de préciser leur application aux prises de participations que peuvent effectuer les fonds stratégiques (2)

³⁵⁸ Voir en ce sens le document afférent à la doctrine d'investissement de "*BPI- Goupe France* ", op. cit., page 6.

³⁵⁹ La branche terminaux de paiement de *Gemalto* ayant été vendue à l'américain *VeriFone*, le gouvernement français ne voulait pas perdre toute main mise sur la technologie afférente aux terminaux de paiement. De plus, *Ingenico* travaille aussi dans le cryptage des données. L'entreprise fournit par exemple à *Safran* une technologie de cryptologie très pointue pour sa division de biométrie.

1) De quelques observations générales sur les conditions de l'affectation des échanges et de l'altération de la concurrence

277.La première observation qui peut être faite quant à ces conditions est relative à l'étroitesse des liens qu'elles entretiennent. De ce point de vue, il semble difficile de concevoir une pratique qui affecterait les échanges communautaires sans affecter la concurrence et inversement. Prenant acte de cette étroitesse, les institutions de l'Union européenne inscrivent l'analyse de l'effet perturbateur des soutiens financiers dans une dynamique de traitement non différencié de l'affectation des échanges et de l'altération de la Concurrence.

278.Cette démarche transparaît depuis une affaire³⁶⁰ ayant opposé l'Italie à la Commission, à l'occasion de laquelle la Cour a raisonné sur l'affectation des échanges en la faisant découler automatiquement du dynamisme de la concurrence dans le secteur textile au niveau communautaire. Dans une autre affaire relative à des aides en faveur d'entreprises de transport routier de marchandises dans la région "*Frioul-Vénétie Julienne*", Le Tribunal a souligné que les conditions de l'affectation des échanges et de l'altération de la concurrence étaient en règle générale indissociablement liées³⁶¹.

279.Cette étroitesse se vérifie sur le plan conceptuel et laisse apparaître des points de convergence au compte desquels on peut citer la possibilité d'appréhender les mesures qui ont un effet perturbateur potentiel. Cependant, si le traité est clair sur la possibilité de ne prendre en compte que l'altération potentielle des conditions de la concurrence, tel n'est pas le cas de l'affectation du commerce entre Etats membres. Néanmoins, comme noté dans notre propos introductif, il est admis que l'affectation des échanges entre Etats membre peut n'être que simplement potentielle.

³⁶⁰ CJCE, 2 juillet 1974, aff. C-173/73, *Italie c/ Commission*, Rec., 00709, points 25,44 et 45.

³⁶¹ TPICE, 4 avril 2001, aff. T-288/97, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia c/ Commission*, Rec., II.1169.

280. Toutefois, malgré cette étroitesse, ces deux notions gardent certaines spécificités. En effet, l'aptitude d'une mesure nationale à affecter les échanges entre États membres trace la répartition de compétences entre les États et la Commission. Cette dernière ne dispose donc d'un pouvoir d'intervention à l'égard d'une mesure étatique que si la condition d'affectation du commerce est remplie. A l'inverse, la condition d'affectation de la concurrence, si elle est bien une condition d'application du droit communautaire des aides d'État, n'est pas pour autant un critère de compétence. L'absence de cette condition n'enlève pas à la Commission le pouvoir d'intervenir à l'égard des aides d'État.

281. Dans le même ordre d'idées, il importe de noter, s'agissant du critère de l'altération de la concurrence, l'étroitesse de son avec celui de l'avantage économique. Ainsi, une mesure qui amenuise les charges d'une entreprise va forcément renforcer sa position concurrentielle et altérer les conditions de concurrence. A ce sujet, la Cour dit pour droit que les aides visant à libérer une entreprise des coûts qu'elle aurait dû supporter dans le cadre normal de ses activités faussent en principe les conditions de concurrence³⁶². Ainsi, partant de l'avantage économique, la Cour pose une sorte de présomption d'affectation ou de risque d'affectation de la concurrence.

282. Enfin, toujours dans le registre des spécificités, pour établir l'existence d'un effet sur le commerce, entre états membres, il suffit de constater que l'entreprise aidée exerce, même partiellement, une activité faisant l'objet d'échanges significatifs entre États membre, ou susceptible de le faire.

283. Ces précisions générales faites, la mise en œuvre par la jurisprudence des critères de l'altération de la concurrence et de l'affectation des échanges, a permis notamment de mettre en exergue l'effet perturbateur des soutiens financiers dont le seul dessein était de protéger les

³⁶² TPI, 8 juin 1995, aff. T-459/93, *Siemens c/ Commission*, Rec., II. 1675, points 48 et 77.

entreprises nationales. Cet effet perturbateur pouvant être inféré d'un possible cloisonnement des marchés.

2) Un effet perturbateur sur le commerce et sur la concurrence inféré d'un possible cloisonnement des marchés nationaux

284. Les autorités européennes, s'appuyant sur le critère de l'affectation des échanges, ont pu démontrer l'effet cloisonnant de certains soutiens financiers étatiques.

285. Pour exemple, posant une sorte de présomption simple d'affectation des échanges, la Cour a jugé que l'affectation du commerce est automatique à partir du moment où, en renforçant la position concurrentielle d'une entreprise par l'octroi de soutiens financiers, les entreprises d'autres États membres voient d'autant leurs chances réduites, qu'elles ne peuvent proposer leurs services dans ce secteur d'activités à des prix compétitifs. Cette circonstance étant doublée de la possibilité pour les entreprises bénéficiaires des soutiens financiers de développer leurs activités en investissant les marchés d'autres États membres³⁶³.

286. Au titre de l'altération de la concurrence³⁶⁴, posant là aussi une présomption de distorsion de la concurrence révélée par l'avantage que procure les soutiens financiers aux entreprises, la Cour précise que *"l'avantage en termes de compétitivité, conféré par les mesures litigieuses aux opérateurs établis en Italie est de nature à rendre plus difficile la pénétration du marché italien par des opérateurs d'autres États membres, voire à faciliter la pénétration d'autres marchés par des opérateurs économiques établis en Italie"*³⁶⁵.

³⁶³ CJCE, 15 décembre 2005, aff. C-184/04, *Unicredito Italiano*, Rec. I. 11137, point 58. Dans le même sens, voir Laurence Idot, *"Notion d'aide et affectation du commerce"*, note sous Trib. UE, 18 janvier 2012, aff. T-422/07, *Djebel-SGPS*, Revue Europe n° 3, mars 2012. Pour une étude générale sur l'application du critère de l'affectation des échanges aux aides d'État, voir Frédérique Berrod, *"Aides (notion)"*, op. cit. Paragraphes 86 à 98.

³⁶⁴ Pour une étude générale sur l'application du critère de l'affectation de la concurrence aux aides d'État, voir Frédérique Berrod, *"Aides (notion)"*, op. cit. Paragraphes 99 à 103.

³⁶⁵ CJCE, 15 décembre 2005, aff. C-66/02, *Italie c/ Commission*, préc., point 121.

287.C'est précisément sous l'angle de leur effet de barrière, que peut être constatée la portée perturbatrice des prises de participations effectuées par les fonds stratégiques sur la concurrence et sur les échanges. En effet, en prenant des participations dans des entreprises stratégiques aux fins de sécuriser leur capital et d'éviter que ces dernières ne passent sous pavillon étranger, les États empêchent les entreprises, notamment légalement établies dans un autre Etat membre, d'acquérir l'entreprise stratégique cible, et partant d'entrer sur le marché national.

288.Tout autre risque de contradiction entre le patriotisme économique et le droit de l'Union européenne, est le risque d'élimination de toute concurrence par l'octroi abusif de droits exclusifs ou spéciaux aux entreprises à protéger

Section II : L'octroi de droits exclusifs ou spéciaux dans un but protecteur

289. Les auteurs du traité ont très tôt compris que les objectifs visés par celui-ci ne pouvaient être atteints sans une réelle implication des États. En effet, ces derniers peuvent, par des politiques interventionnistes³⁶⁶, accorder à certaines entreprises notamment publiques, ou d'utilité publique, une protection par voie de monopole consistant notamment en l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux. Cette attitude interventionniste, quoique pouvant traduire le souci légitime d'assurer et de pérenniser l'intérêt public³⁶⁷, a pour effet d'éliminer toute concurrence. Plus encore, elle peut être dévoyée et servir des desseins de protection des entreprises, rendant difficile la réalisation du marché intérieur.

290. Pour éviter que de tels comportements ne mettent en péril l'intégration des marchés à l'intérieur de l'Union, les autorités européennes ont entrepris d'encadrer l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux à travers une double démarche.

291. Une démarche sectorielle adossée au mouvement d'ouverture à la concurrence des secteurs monopolistiques³⁶⁸. A titre d'exemple, la directive n° 96/19/CE³⁶⁹, prise par la Commission sur le fondement de l'article 106 §3 du TFUE [ex article 90§3 du TCE], a accéléré le processus de libération du secteur des télécommunications. Ce texte obligeait les États à abolir toutes les mesures accordant des droits exclusifs ou spéciaux pour la fourniture des services de télécommunications.

³⁶⁶ Notamment tournées vers des secteurs stratégiques à l'exemple des secteurs de l'énergie, de l'eau, des services postaux, des télécommunications...

³⁶⁷ Sécurité de l'approvisionnement, fourniture d'un service essentiel à toute la population...

³⁶⁸ Énergie électrique, gazière, charbonnière, atomique...

³⁶⁹ JOCE n° L 074 du 22 mars 1996, p. 13 - 24.

292. Ensuite, une démarche plus générale, s'appuyant sur le paragraphe 1 de l'article 106 du TFUE qui dispose que "*les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles (...) 101 à 109 inclus*". Cette disposition, qui au demeurant peut être combinée à plusieurs dispositions du traité, a permis aux autorités européennes, dans une combinaison avec le droit des pratiques anticoncurrentielles - notamment l'article 102 du TFUE-, de surveiller l'octroi des droits exclusifs et spéciaux.

293. Si cette dernière démarche paraît surprenante³⁷⁰, elle garde cependant toute sa pertinence car les dispositions nationales octroyant des droits exclusifs ou spéciaux peuvent bel et bien être appréhendées sous l'angle de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles. Pour ce faire, les institutions de l'Union européenne ont recours à des mécanismes de "*publicisation*" du droit encadrant ces pratiques. Cette dynamique a permis de mettre sur pied les théories de l'abus automatique³⁷¹ et des facilités essentielles³⁷². La première théorie est entendue comme un ensemble de principes d'origine jurisprudentielle interdisant aux autorités nationales de placer les entreprises publiques et les entreprises investies de droits spéciaux ou exclusifs en situation d'abuser automatiquement de leur position dominante sur le marché³⁷³. Quant à la seconde, elle veut qu'une entreprise en situation de position dominante pour la mise à disposition d'une installation essentielle, qui l'utilise elle-même, et qui refuse à d'autres entreprises l'accès à

³⁷⁰ Compte tenu du fait que le droit des pratiques anticoncurrentielles s'applique normalement aux comportements des entreprises.

³⁷¹ Cette théorie a donné lieu à une littérature pléthorique. En ce sens, Nicolas Charbit, "*Le droit de la concurrence et le secteur public*", Paris, L'Harmattan, 2002. ; Jose Luis Buendia Serria, "*Exclusive Rights and State Monopolies under E.C.Law*", Oxford UP, 1999. ; Jean-Bernard Blaise et Laurence Idot, "*Chronique de droit communautaire de la concurrence*", RTDeur 1995, p. 859. ; Robert Kovar, "*La peau de chagrin*" ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics", Revue Europe, juillet 1992.

³⁷² Sur la théorie des facilités essentielles, voir notamment Barry Doherty, "*Just what are essential facilities ?*", Common Market Law Review, 2001, n° 38, p. 397. ; Mark Furse, "*The Essential facilities doctrine in community law*", European Competition Law Review, 1995, issue 8, p. 469. ; Guillaume Dezobry, "*La théorie des facilités essentielles: essentialité en droit communautaire de la concurrence*" LGDJ, Lextenso Editions, Bibliothèque de Droit International et Communautaire, 2009.

³⁷³ Robert Kovar, "*Droit des pratiques anticoncurrentielles*", RTDeur. 2011, p. 494.

ladite installation sans raison objective, ou ne leur accorde cet accès qu'à des conditions moins favorables que celles qu'elle réserve à ses propres services, commet une infraction aux articles 106, § 1 et 102 du TFUE³⁷⁴. Dans les deux cas, l'objectif est non pas d'appréhender la pratique en elle-même, mais d'impacter la source étatique la légitimant.

294.Préalablement à l'analyse de ce dispositif, il importe d'apporter quelques précisions sémantiques relatives à l'article 106, §1 du TFUE.

295.La première a trait aux mesures par lui visées. De ce point de vue, l'application de cette disposition est subordonnée à l'existence d'une mesure étatique à l'origine des droits spéciaux ou exclusifs, laquelle peut prendre des formes juridiques diverses, à l'exemple d'un acte unilatéral - *acte administratif ou loi* -, ou contractuel – par exemple une concession³⁷⁵.

296.La seconde précision a trait au sens qu'il faudrait donner aux termes "*droits exclusifs*" et "*droits spéciaux*". De ce point de vue, force est de constater que la directive n° 2006/111/CE³⁷⁶ en son article 2, § 1, point f), définit les droits exclusifs comme des "*droits accordés par un État membre à une entreprise (...), qui lui réservent le droit de fournir un service ou exercer une activité sur un territoire donné (...)*". Il s'agit donc de droits par lesquels, un monopole est accordé à une entreprise pour l'exercice d'une activité sur un territoire déterminé. L'État peut réserver l'intégralité d'une activité économique à une entreprise, par exemple la vente d'électricité, d'eau, de gaz, de services postaux ou de télécommunications. Dans ce cas, l'entreprise bénéficiant du monopole est la seule à être autorisée à prester l'activité sur le territoire concédé. Il se peut aussi qu'une activité économique soit susceptible d'être exercée librement sur un territoire déterminé, mais qu'un État y réserve à une entreprise, le droit

³⁷⁴ Pierre Arhel, "*Transparence tarifaire et pratiques restrictives*", Répertoire de droit commercial, Dalloz, janvier 2012 (dernière mise à jour juin 2014).

³⁷⁵ CJCE, 4 mai 1988, aff. C-30/87, *Bodson*, Rec., 02479, concernant les concessions en France en matière de pompes funèbres, consenties à des entreprises privées par les communes dont la compétence en ce domaine se fondait sur une loi de 1904.

³⁷⁶ JOCE n° L 318/17 du 17 novembre 2006.

exclusif d'exploiter des biens lui appartenant. L'entreprise peut alors ne pas y être la seule à prester l'activité, mais y être la seule à détenir le droit de la mettre en œuvre au moyen de biens dont l'État est propriétaire³⁷⁷.

297.L'article 2, § 1, point g) du même texte définit de façon on ne peut plus explicite les droits spéciaux comme des "*droits accordés par un État membre à un nombre limité d'entreprises au moyen de tout instrument législatif, réglementaire et administratif qui, sur un territoire donné:*

– *limite à deux ou plus le nombre de ces entreprises, autorisées à fournir un service ou exercer une activité, selon des critères qui ne sont pas objectifs, proportionnels et non discriminatoires ou;*

– *désigne, selon de tels critères, plusieurs entreprises concurrentes, comme autorisées à fournir un service ou exercer une activité ou;*

– *confère à une ou plusieurs entreprises, selon de tels critères, des avantages légaux ou réglementaires qui affectent substantiellement la capacité de toute autre entreprise de fournir le même service ou de se livrer à la même activité sur le même territoire dans des conditions substantiellement équivalentes".*

298.Ces précisions générales faites, si l'attribution des droits exclusifs ou spéciaux n'est pas en soi interdite par le droit de l'Union, force est de constater que de l'analyse des théories de l'abus automatique et des facilités essentielles, il ressort qu'un tel octroi, dicté notamment par le dessein de protection de certaines entreprises, peut conduire au cloisonnement des marchés nationaux (**Paragraphe II**). Un tel effet révèle dès lors le caractère abusif des mesures nationales à l'origine de la monopolisation de service (**Paragraphe I**).

³⁷⁷ CJCE 13 octobre 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen*, Rec., I. 8585. ; CJCE 17 juillet 1997, aff. C-242/95, *DSB*, Rec., I. 4449, à propos des droits exclusifs d'exploitation d'infrastructures portuaires et aéroportuaires.

Paragraphe 1 : Le caractère abusif de la mesure nationale octroyant les droits exclusifs ou spéciaux tel que ressortant des théories de l'abus automatique et des facilités essentielles

299. Pour décider du caractère abusif de la mesure nationale monopolisant le service, les autorités judiciaires s'appuient sur un raisonnement séquentiel visant à caractériser l'abus dans le chef des entreprises bénéficiaires des droits exclusifs ou spéciaux, pour ensuite juger de l'imputabilité d'une telle pratique à l'État.

300. Cette seconde séquence apparaît dès lors comme déterminante, puisqu'au regard du droit de l'Union, la mesure nationale ne devient abusive que lorsque la pratique anticoncurrentielle est imputable à l'État. Il importe dès lors de présenter le raisonnement que les autorités judiciaires mettent en œuvre pour décider d'une telle imputabilité. A ce sujet, force est de constater qu'elle [l'imputabilité] résulte, selon la théorie de l'abus automatique, du comportement anticoncurrentiel permis par la disposition nationale octroyant les droits exclusifs ou spéciaux, ou de la propension de cette disposition à mettre les entreprises titulaires de tels droits en situation d'abuser du monopole conféré (*A*). Elle résulte aussi, selon la théorie des facilités essentielles, du refus d'accès aux installations - matérielles ou non -, opposé par les pouvoirs publics à certaines entreprises désireuses de rentrer sur le marché aux fins de faire concurrence aux bénéficiaires de la monopolisation de service (*B*).

A) Caractère abusif de la mesure octroyant les droits exclusifs ou spéciaux et théorie de l'abus automatique

301. Sous le couvert de la théorie de *l'abus automatique*, visant à situer l'origine de l'abus de position dominante dans l'octroi des droits exclusifs ou spéciaux, les autorités européennes ont pu s'engager vers une dynamique structurelle d'encadrement des monopoles publics. Cette démarche les a amenées à déplacer le curseur vers les États, posant ainsi les conditions de l'imputabilité à ces derniers d'un abus de position dominante.

302. Les prémisses d'une telle imputabilité furent posées dans une série d'arrêts à l'occasion desquels la Cour, dans une posture quelque peu dictée par les circonstances de sa saisine³⁷⁸, rappelait la non opposition du droit communautaire à l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux³⁷⁹, pour ensuite juger de l'incompatibilité des mesures nationales en cause avec les articles 106, § 1 et 102 du TFUE, laissant le soin aux juges nationaux, de prononcer l'imputabilité à l'État de l'abus. Le raisonnement dans ces décisions consistait à poser une sorte de "*présomption d'imputabilité*", déduite de la propension de la disposition nationale attribuant les droits exclusifs ou spéciaux à permettre la commission d'un abus³⁸⁰.

303. Cette démarche fût adoptée dans l'arrêt *Höfner*. Était en cause à une loi allemande qui réservait les services de placement des cadres à l'Office Fédéral de l'Emploi - *Bundesanstalt*. Dérogeant à cette loi, une entreprise avait recouru aux services d'un chasseur de têtes. Ce dernier, réclamant le paiement de la prestation, s'est vu opposer une fin de non-recevoir au motif qu'il exerçait en toute illégalité. Interrogée par une juridiction allemande sur la légalité communautaire de la loi allemande au regard des articles 82 et 86 du TCE [102 et 106 TFUE],

³⁷⁸ Les décisions rendues par la Cour l'ont été pour grande partie selon la procédure préjudicielle, ce qui lui enlevait toute possibilité de se prononcer sur l'illégalité des dispositions nationales en cause.

³⁷⁹ CJCE, 30 avril 1974, aff. n° C-155/73, *Giuseppe Sacchi*, Rec., 00409.

³⁸⁰ En ce sens, Laurence Idot, "*Abus de position dominante et octroi de droits exclusifs*" note sous Trib. UE, 20 septembre 2012, aff. T-169/08, *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou*, et Trib. UE, 20 septembre 2012, aff. T-421/09, *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou*, Revue Europe, n° 11, novembre 2012.

la Cour jugea que "(...) *serait incompatible avec les règles du traité, toute mesure d'un État membre qui maintiendrait en vigueur une disposition légale créant une situation dans laquelle un office public pour l'emploi serait nécessairement amené à contrevenir aux termes de l'article 86*"³⁸¹. En affirmant que l'entreprise allemande détenant un monopole légal pouvait être *nécessairement amenée* à contrevenir à l'article 86 du TCE, la Cour visait à n'en point douter le droit exclusif par elle détenu, ou plutôt la disposition nationale lui octroyant un tel droit. Cette décision, adossée à la théorie du monopole défaillant, a ouvert la voie à l'imputabilité à l'État d'un abus de position dominante.

304. Par la suite, la Cour a pu adopter la même approche, mais en s'appuyant sur le principe du conflit d'intérêt. L'affaire soumise à son appréciation était relative à une loi hellénique confiant un monopole de diffusion et de retransmission d'émissions de télévision à une entreprise hellénique de radio et de télévision. Cette dernière, estimant que la création d'une station locale de télévision violait ses droits exclusifs, décida d'engager une procédure en référé devant le Tribunal de Grande Instance de Thessalonique, aux fins notamment d'obtenir l'interdiction de diffuser toute émission de la part de la station locale.

305. Interrogée sur cette affaire, la Cour jugea que l'article 86, § 1 du TCE [102, §1 du TFUE] *"s'oppose à l'octroi, par un État membre, d'un droit exclusif de retransmission d'émissions de télévision à une entreprise ayant un droit exclusif de diffusion d'émissions lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à enfreindre l'article 86 par une politique d'émission discriminatoire en faveur de ses propres programmes"*³⁸². Le juge communautaire semblait donc bien viser la loi qui permettait le conflit d'intérêt.

³⁸¹ CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *höfner*, préc., point 27.

³⁸² CJCE, 18 juin 1991, aff. C-260/89, *ERT*, préc., point 37.

306. Outre les principes du monopole défaillant et du conflit d'intérêts, la Cour, dans l'arrêt *RTT*³⁸³, a pu s'appuyer sur le principe de l'extension du monopole, pour entrouvrir clairement la porte de l'imputabilité à l'État d'un abus de domination. Dans cette affaire, était en cause un double droit exclusif accordé à l'opérateur belge de télécommunications, la *RTT*. Ce dernier, outre le monopole sur l'installation et la gestion des réseaux de télécommunications ouverts au public, disposait d'un droit exclusif d'autorisation de tout raccordement sur le réseau général, ainsi que d'un pouvoir d'agrément des terminaux destinés à fonctionner sur l'ensemble des réseaux. Dans l'exercice de ces prérogatives d'origines légales, cet opérateur établissait lui-même les normes standards et techniques à respecter dans la construction des terminaux. Il vérifiait par ailleurs la conformité de tout terminal mis en vente en Belgique avec ces critères. Or, cet opérateur était lui-même présent sur le marché des terminaux. Il disposait dès lors du pouvoir d'exclure les appareils d'entreprises concurrentes.

307. Saisie de cette affaire par une juridiction belge devant laquelle étaient poursuivis les supermarchés *GB-Inno* pour avoir vendu des téléphones non agréés, la Cour jugea que *"L'extension du monopole de l'établissement et de l'exploitation du réseau téléphonique au marché des appareils téléphoniques, sans justification objective (...) (était) prohibée (...) par l'article 86 [102 TFUE] ou par l'article 90 § 1 [106§1], en relation avec l'article 86, lorsque cette extension est le fait d'une mesure étatique"*³⁸⁴. La position de la Cour dans cette affaire était on ne peut plus claire. En effet, en affirmant que l'extension du monopole sans justification objective était constitutive d'un abus, la Cour remettait en cause l'existence même de celui-ci. Or, Cette extension de monopole était le fait d'une mesure étatique.

308. Outre la confirmation de la possibilité d'imputer un abus de domination à un État, l'enseignement qu'apportait cette décision rendue par voie préjudicielle, était que le juge communautaire semblait plus affirmatif et ne laissait au juge national autre possibilité que de

³⁸³ CJCE, 13 décembre 1991, aff. C-18/88, *RTT*, préc.

³⁸⁴ CJCE, 13 décembre 1991, aff. C-18/88, *RTT*, préc., points 19-21.

prononcer l'imputabilité à l'Etat de l'abus. Sur la base de ces prémisses, la Cour a pu consacrer de façon plus nette le principe de l'imputabilité à l'État d'un abus de domination.

309. Tout d'abord, dans une affaire où était en cause le code italien de la navigation qui, du fait de l'octroi de l'exclusivité des opérations de débarquement et d'embarquement de marchandises à des entreprises dont les employés devaient être de nationalité italienne, avait eu pour effet, suite à une grève de dockers, de retarder le débarquement de certaines marchandises. L'affréteur, qui aurait pu faire effectuer directement l'opération de débarquement des marchandises exigea le remboursement de l'opération retardée.

310. Interrogée par le tribunal de Gênes sur cette affaire, la Cour commença par caractériser une série d'abus liés au monopole des dockers, pour ensuite conclure que " *les entreprises investies selon les modalités définies par la réglementation en cause, de droits exclusifs, (étaient), de ce fait amenées soit à exiger le paiement de services non demandés, soit à facturer des prix disproportionnés, soit à refuser de recourir à la technologie moderne (...), soit à octroyer des réductions de prix à certains utilisateurs (...)*"³⁸⁵. En décidant de la sorte, et en utilisant l'expression "*amenées de ce fait*", la Cour visait clairement l'octroi des droits exclusifs et spéciaux, et ne laissait aucune latitude à la juridiction de renvoi qui, au vu de la formulation de la décision, n'avait d'autre choix que de prononcer la responsabilité de l'Etat italien, et donc l'imputabilité à celui des abus relevés du fait de l'octroi des droits exclusifs.

311. Dans l'arrêt Corbeau³⁸⁶, la Cour va pousser la théorie de l'abus automatique dans ses avancées les plus extrêmes. L'institution juridictionnelle a pu déduire l'imputabilité à l'État de la pratique abusive, non pas de la propension de la disposition nationale à permettre la commission d'un abus, mais de l'octroi pure et simple des droits exclusifs en relation avec certaines activités.

312. Dans cette affaire, la Régie des postes belges poursuivait un entrepreneur qui exploitait un

³⁸⁵ CJCE, 10 décembre 1991, aff. C-179/90, *Port de Gênes*, préc., point 19.

³⁸⁶ CJCE, 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Corbeau*, Rec., I, p. 2533.

service de courrier rapide en violation de son monopole. Le Tribunal correctionnel de Liège devant lequel l'affaire était pendante, décida de surseoir à statuer afin d'interroger la Cour sur la légalité du monopole public. Cette dernière jugea sans équivoque que: " *L'article 90 du traité CEE (s'opposait) à ce qu'une réglementation d'un État membre qui confère à une entité telle que la Régie des postes le droit exclusif de collecter, de transporter et de distribuer le courrier interdise, sous peine de sanctions pénales, à un opérateur économique établi dans cet État d'offrir certains services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général, qui répondent à des besoins particuliers des opérateurs économiques et qui exigent certaines prestations supplémentaires que le service postal traditionnel n'offre pas (...)*"³⁸⁷.

313. Cette consécration de l'imputabilité à l'État d'un abus de domination dans sa version extrême à toutefois été tempérée dans l'arrêt "*La Crespelle*"³⁸⁸. Dans cette affaire, La Cour était interrogée sur la compatibilité avec les articles 82 et 86 du TCE [102 et 106 du TFUE], de la réglementation française conférant certains droits exclusifs locaux à des centres et coopératives d'insémination bovine. Répondant à cette question, l'institution juridictionnelle communautaire rappelait à titre liminaire qu'"*un État membre (n'enfreignait), (...), les interdictions contenues dans [les articles 86 § 1 et 82 CE - 106 § 1 et 102 TFUE] que si l'entreprise en cause (était) amenée, par le simple fait du droit exclusif qui lui a été conféré, à exploiter sa position dominante de façon abusive*"³⁸⁹. Mais cette assumption habituelle amenait la Cour à une toute autre solution. En effet, elle constata que la disposition nationale "*se (limitait) à permettre aux centres de mise en place d'exiger des éleveurs qui leur (demandaient) des semences provenant des centres de production différents, le paiement de frais supplémentaires résultant de ce choix*"³⁹⁰. De ce constat, la Cour conclut que cette disposition, "*si elle (laissait) [aux centres d'insémination bovine] le soin d'établir ces frais, ne*

³⁸⁷ CJCE, 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Corbeau*, préc., point 21.

³⁸⁸ CJCE, octobre 1994, aff. C-323/93, *La Crespelle*, préc.

³⁸⁹ CJCE, octobre 1994, aff. C-323/93, *La Crespelle*, préc., point 18.

³⁹⁰ CJCE, octobre 1994, aff. C-323/93, *La Crespelle*, préc., point 20.

les (amenait) pas à exiger des frais disproportionnés et ainsi à abuser de leur position dominante"³⁹¹. De la sorte, la Cour adoptait une position différente visant à abandonner toute présomption, et à exiger comme préalable à toute imputabilité à l'État de l'abus de domination, la preuve que la disposition nationale octroyant des droits exclusifs ou spéciaux conduise l'entreprise à commettre effectivement un abus. De façon précise, cette position exige la démonstration du lien de causalité entre la disposition nationale et l'abus reproché à l'entreprise bénéficiaire de la monopolisation de service³⁹².

314. Cette approche a été confirmée dans plusieurs décisions ultérieures. Ainsi, dans une affaire³⁹³ relative à l'instauration d'un régime local octroyant à un nombre limité d'entreprises, des droits spéciaux quant au traitement des déchets de chantier non dangereux pour l'environnement et destinés à être valorisés, la Cour a pu dire pour droit qu'un "*(...) État membre pouvait, sans enfreindre l'article 86 du traité, accorder des droits exclusifs à certaines entreprises dans la mesure où ces dernières n'exploitaient pas leur position dominante de façon abusive (...)*"³⁹⁴. Affirmer que l'octroi de droits exclusifs pouvait être légal lorsque qu'il n'était pas relevé une exploitation abusive, c'était bien valider la thèse de la nécessaire existence d'un abus, et du lien de causalité entre cet abus et la disposition nationale octroyant les droits exclusifs ou spéciaux. Certes dans cette décision, la Cour a fait un bref rappel de sa formule afférente à la présomption d'imputabilité³⁹⁵. Mais cette allusion, plus pédagogique que déterminante, n'a pas emporté sa conviction quant à la solution finale, puisqu'elle a dû convenir par la suite qu'il "*importe d'examiner si le droit exclusif conduit à une position dominante*"³⁹⁶.

³⁹¹ CJCE, octobre 1994, aff. C-323/93, La Crespelle, préc., point 21.

³⁹² Sur l'évolution de la doctrine de la Cour, voir, Françoise Blum, "*De Sacchi à Franzén en passant par la Crespelle : la jurisprudence récente de l'article 90*", La Gazette du Palais, 11 juillet 1999, n° 192, p. 12-24.

³⁹³ CJCE, 23 mai 2000, aff. C-209/98, FFAD, Rec., I. 03743.

³⁹⁴ CJCE, 23 mai 2000, aff. C-209/98, FFAD, préc., point 67.

³⁹⁵ La Cour rappelle en effet "*qu'un État membre pouvait, sans enfreindre l'article 86 du traité, accorder des droits exclusifs à certaines entreprises dans la mesure où ces dernières n'exploitaient pas leur position dominante de façon abusive ou n'étaient pas nécessairement amenées à commettre de tels abus*". CJCE, 23 mai 2000, aff. C-209/98, FFAD, préc., point 67.

³⁹⁶ CJCE, 23 mai 2000, aff. C-209/98, FFAD, préc., point 69.

315. Si la Cour a pu confirmer cette position dans d'autres décisions³⁹⁷, force est aussi de constater qu'elle a semblé en limiter la portée, comme le montre plusieurs décisions³⁹⁸ postérieures à l'arrêt *La Crespelle*, ou encore le fréquent rappel de la prémisse fondant la thèse de la présomption d'imputabilité.

316. Cependant dans une décision récente, le Tribunal, sanctionnant la Commission qui avait conclu à un abus, du fait de l'octroi et du maintien de droits exclusifs en faveur d'une entreprise pour l'exploitation de lignite en Grèce, a pu dire qu'un tel abus n'avait pas été prouvé au-delà de cette seule situation³⁹⁹. La Cour a sanctionné cette décision en affirmant qu'*"Il y a lieu de rappeler que, selon la jurisprudence, un État membre enfreint les interdictions édictées à l'article 86, paragraphe 1, CE, lu en combinaison avec l'article 82 CE, lorsqu'il prend une mesure législative, réglementaire ou administrative qui crée une situation dans laquelle une entreprise publique ou une entreprise à laquelle il a conféré des droits spéciaux ou exclusifs est amenée, par le simple exercice des droits privilégiés qui lui ont été conférés, à exploiter sa position dominante de façon abusive ou lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre de tels abus (...)"*⁴⁰⁰. Elle ajouta qu'*"il peut y avoir violation des dispositions combinées des articles 86, paragraphe 1, CE et 82 CE indépendamment de tout abus réel"*⁴⁰¹. C'est donc dire que la Cour semble consacrer définitivement la présomption d'abus.

³⁹⁷ CJCE, 30 mars 2006, aff. C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl*, Rec., I. 03743 ; CJCE, 25 octobre 2000, aff., C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Rec., I. 08089.

³⁹⁸ Postérieurement à l'arrêt *La Crespelle*, la Cour a validé la théorie du monopole défaillant (CJCE, 11 décembre 1997, aff. C-5596, *Job Centre Coop*, Rec., I. 7118. ; CJCE, 3 mars 2001, aff. C-437/09, *AG2R*, Rec., I. 00973). La théorie du conflit d'intérêt a aussi été confirmée dans l'affaire *Silvano Raso* (CJCE, 12 février 1998, aff. C- 163/96, *préc.*, points 29-30). Dans la même lancée, dans l'affaire *Deutsche Poste*, la Cour a condamné l'attribution à l'opérateur public allemand du droit exclusif de traiter les envois internationaux comme du courrier intérieur au motif que la loi attribuant un tel droit créait une situation dans laquelle cette entité *"pouvait être amenée"*, au détriment des utilisateurs, à exploiter de façon abusive son monopole (CJCE, 10 février 2000, aff. C-147/97 et C-148/97, *Deutsche Post*, Rec., I. 00825, points 48-49). La Cour a encore condamné, sur le fondement d'un *"prix abusif automatique"*, la législation italienne qui imposait aux opérateurs postaux privés fournissant un service à valeur ajoutée, le paiement à l'opérateur exclusif en charge du service universel, d'une taxe non justifiée par un service rendu (CJCE, 17 mai 2001, aff. C-340/99, *TNT Traco*, Rec., I-04109).

³⁹⁹ Tib. UE, 20 septembre 2012, aff. T- 169/08, publiée au Recueil numérique, (Recueil général).

⁴⁰⁰ CJUE, 17 juillet 2014, aff. C-553/12 P, *Commission c/ DEI*, point 41, non encore publiée.

⁴⁰¹ CJUE, 17 juillet 2014, aff. C-553/12 P, *Commission c/ DEI*, point 46, non encore publiée.

317. Toute autre condition d'imputabilité à l'État d'un abus, est celle résultant du refus d'accès aux infrastructures essentielles.

B) Caractère abusif des mesures nationales octroyant les droits exclusif et spéciaux et théorie des facilités essentielles

318. Sous le vocable de "*théorie des facilités essentielles*", les autorités communautaires ont entrepris d'appréhender les situations dans lesquelles une entreprise en position dominante exploite ou contrôle une installation ne pouvant être dupliquée pour des raisons de coûts, et dont l'accès est indispensable à ses concurrents pour l'exercice de leurs activités.

319. Cette théorie d'origine américaine a été mise en œuvre pour la première fois dans un arrêt rendu par la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire "*Terminal Railroad*"⁴⁰². En l'espèce, un opérateur économique avait acquis l'ensemble des infrastructures ferroviaires permettant de franchir le Mississippi pour accéder à Saint-Louis et ses agglomérations. Le monopole ainsi acquis lui permettait d'exiger le paiement de péages jugés excessifs par les compagnies de transport. Mécontentes, ces dernières l'assignèrent devant les juridictions sur le fondement des sections 1 et 2 du "*Sherman Act*". Saisie de l'affaire, la Cour Suprême, sans faire expressément référence à la notion de "*facilités essentielles*", en posa les fondements. Pour ce faire, elle n'hésita pas à recourir aux règles de la concurrence pour qualifier d'anticoncurrentielle une telle pratique.

320. Si cette théorie a été reprise par les autorités communautaires, force est de constater qu'elles ne l'appliquent pas toujours⁴⁰³, ou ne s'en réfèrent qu'à titre accessoire. Ceci semble s'expliquer par le fait que de tels abus peuvent être appréhendés, soit sur le terrain de l'abus

⁴⁰² Cour Suprême des Etats Unis, *United States vs Terminal Railroad Association*, 224 US 383, 1912.

⁴⁰³ C'est par exemple le cas dans la décision de la Commission n° 94/119/CE du 21 décembre 1993, relative au refus d'accès aux installations du port de Rødby, JOCE n° L 055 du 26/02/1994 p. 52 - 57. Dans cette décision, l'institution administrative a adossé son raisonnement exclusivement à la théorie de l'abus automatique, alors que la théorie des facilités essentielles trouvait aussi à s'appliquer.

classique de domination, soit sur celui de l'abus automatique, lorsque l'affaire met en cause des entreprises bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux.

321. Ces précisions faites, les autorités de la concurrence, au fil des décisions ont pu caractériser les conditions d'application de la théorie des facilités essentielles. Ainsi, outre les préalables à l'application et la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence, l'application de cette théorie suppose⁴⁰⁴:

- l'existence d'un actif donnant à son détenteur la maîtrise d'une activité déterminée. Il peut s'agir d'actifs matériels - équipements, infrastructures portuaires, ferroviaires ou aéroportuaires, infrastructures spécifiques comme le tunnel sous la Manche, gazoducs (...) ou immatériels (droits d'auteurs...)⁴⁰⁵;
- l'utilisation indispensable de l'actif pour l'exercice de l'activité des concurrents sur un marché apparenté;
- l'absence d'alternative, signifiant que l'actif dont l'utilisation est convoitée ne doit pas être facilement reproductible, ou plutôt reproductible à des conditions raisonnables;
- Plus significatif, l'accès à la facilité essentielle doit être refusé ou rendu difficile sans raison valable.

322. Si les théories de l'abus automatique et des facilités essentielles ont pu fournir le

⁴⁰⁴ Michel Bazex, "Entre concurrence et régulation, la théorie des « facilités essentielles", Rev. conc. consom. 2000, n° 119, p. 37

⁴⁰⁵ Selon la Commission, une facilité essentielle, ou plutôt une installation essentielle - selon ses termes - est définie comme "une installation ou une infrastructure sans laquelle les concurrents ne peuvent offrir des services à leurs clients", Comm. Décis. n° 94/19 du 21 déc. 1993, JOCE n° L 15, 18 janv. 1994, ; Revue Europe mars 1994, n° 115, note Laurence Idot. Le Tribunal a pu considérer que constituent des facilités essentielles, "des infrastructures, produits ou services indispensables ou essentiels pour l'accès au marché pertinent ; ces infrastructures, produits ou services ne sont pas interchangeables et en raison de leurs caractéristiques particulières et notamment du coût prohibitif de leur reproduction et/ou du temps raisonnable requis à cette fin, il n'existe pas d'alternatives viables pour les concurrents" (TPICE, 15 septembre 1998, aff. T-374/94, *European Night Services c/ Commission*, Rec., II. p. 3141). Voir aussi Laurence Idot, "Droits exclusifs et abus de position dominante (À propos de quelques développements récents)", LPA 25 novembre 2005 n° 235, P. 5.

"*vadémécum*" afférent à la démonstration du caractère abusif des mesures nationales octroyant des droits exclusifs et spéciaux, elles permettent aussi de relever l'effet cloisonnant de telles mesures. Un tel corollaire n'a pas spécialement été mis en exergue par la jurisprudence, mais semble sous-tendre son raisonnement.

Paragraphe 2 : L'effet cloisonnant des mesures nationales octroyant les droits exclusifs ou spéciaux de façon abusive

323. Outre le fait qu'elles ont permis de mettre en exergue le caractère abusif des mesures nationales octroyant des droits exclusifs ou spéciaux, les théories de l'abus automatique (**A**) et des facilités essentielles (**B**), permettent de révéler que de telles mesures conduisent au cloisonnement des marchés nationaux.

A) Cloisonnement des marchés nationaux et théorie de l'abus automatique

324. En sanctionnant les mesures nationales octroyant les droits exclusifs et spéciaux, le droit de l'Union pointe quelque peu du doigt le cloisonnement des marchés au bénéfice des entreprises titulaires de tels droits. L'analyse des déclinaisons de la théorie de l'abus automatique le montre bien.

325. Sous le vocable de la *théorie du monopole défaillant*, la Cour a pu sanctionner plusieurs

mesures nationales parce qu'elles conféraient un monopole à une entreprise n'étant pas en mesure de satisfaire totalement la demande⁴⁰⁶. Un tel comportement des États était de nature à accorder une protection à l'entreprise bénéficiaire du monopole, tout en empêchant d'autres entreprises, notamment légalement établies dans d'autres États membres, d'entrer sur le marché national et de fournir le service faisant défaut.

326. *La théorie du conflit d'intérêt* montre tout aussi bien cet effet cloisonnant. Cette théorie a en effet permis d'appréhender l'habilitation légale du comportement d'une entreprise dotée de prérogatives lui permettant d'arbitrer systématiquement en faveur de ses intérêts⁴⁰⁷. Une telle attitude est de nature à rendre difficile, voire impossible la pénétration du marché par d'autres entreprises, notamment légalement établies dans un autre État membre.

327. La théorie de l'extension de monopole n'est pas en reste. En effet, en appréhendant sous le sous son couvert, les agissements d'un État qui est bienveillant quant à l'action d'une entreprise qui, bénéficiant déjà d'un monopole sur un marché donné, veuille l'étendre "*sans raison objective*" à un secteur qui aurait pu être concurrentiel⁴⁰⁸, cette théorie appréhende la dynamique des États visant à empêcher la pénétration du marché objet de l'extension de monopole.

328. Dans le même ordre d'idées, la théorie des facilités essentielles, permet de mettre en exergue l'effet cloisonnant des dispositions nationales octroyant des droits exclusifs et spéciaux.

⁴⁰⁶ CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *höfner*, préc. ; CJCE, 11 décembre 1997, aff. C-5596, *Job Centre Coop*, préc. ; CJCE, 3 mars 2001, aff. C-437/09, *AG2R*, préc.

⁴⁰⁷ CJCE, 18 juin 1991, aff. C-260/89, *ERT*, préc. ; CJCE, 12 février 1998, aff. C-163/96, *Silvano Raso*, préc.

⁴⁰⁸ CJCE, 13 décembre 1991, aff. C-18/88, *RTT*, préc.

B) Cloisonnement des marchés nationaux et théorie des facilités essentielles

329.La théorie des facilités essentielles révèle plus nettement l'effet cloisonnant des mesures nationales octroyant des droits exclusifs et spéciaux, car les autorités européennes ont pu sanctionner le comportement des États visant à rendre difficile l'accès à une installation, ou à refuser sans raisons objectives un tel accès.

330.C'est par exemple le cas du refus opposé par le Ministre danois des transports à la société *Euro-Port A/S*, quant à la demande faite par cette dernière, relative à l'accès au port public de *Roedby* pour y exploiter la liaison *Roedby-Puttgarden*⁴⁰⁹. Notons que pour parvenir à décider de l'illégalité d'un tel comportement, la Commission s'était appuyée sur la théorie de l'abus automatique, et plus précisément sur celle de l'extension de monopole⁴¹⁰. Cependant, la théorie des facilités essentielles trouvait à s'appliquer.

331.Dans une autre affaire, la Commission a pu faire expressément référence à la théorie des facilités essentielles quand elle a affirmé qu'"(...) *une entreprise qui possède ou gère et utilise elle-même une installation essentielle, c'est-à-dire une installation ou une infrastructure sans laquelle ses concurrents ne peuvent offrir des services à leurs clients, et qui leur refuse l'accès à cette installation, abuse de sa position dominante*"⁴¹¹.

332.Les difficultés d'accès montrent tout aussi bien l'effet cloisonnant du comportement des pouvoirs publics, agissant parfois de concert avec les entreprises détentrices de droits exclusifs d'exploitation. Cette situation qui fût un temps courante dans le domaine des transports, était la traduction pratique des politiques discriminatoires visant à fixer des coûts d'accès favorisant les entreprises nationales au détriment des entreprises étrangères.

⁴⁰⁹ Comm. Décis. n° 94/119/CE du 21 décembre 1993, relative au refus d'accès aux installations du port de Rødby, préc.

⁴¹⁰ Comm. Décis. n° 94/119/CE du 21 décembre 1993, préc., point 13.

⁴¹¹ Comm. Décis. n° 94/119/CE du 21 décembre 1993, préc., point 12.

333.C'est par exemple le cas d'un système de rabais sur les redevances d'atterrissage mis en place par la Belgique à l'aéroport de *Bruxelles-Zaventem*. Ce système était conçu par paliers successifs de sorte qu'aucune compagnie aérienne, à l'exception de la compagnie nationale *Sabena* et sa filiale *charter*⁴¹², ne pouvait atteindre les seuils minimaux pour bénéficier des rabais⁴¹³. C'est encore le cas d'un système de rabais sur les tarifs du service obligatoire de pilotage dans le port de Gênes, instauré en 1996 par une circulaire du Ministère des transports et de la navigation. Ce tarif prévoyait une réduction de 65% du tarif de base de pilotage aux compagnies maritimes effectuant un service régulier avec au moins quatre escales hebdomadaires. Ce système avait pour effet d'exclure certains opérateurs du bénéfice de la ristourne, et donc de rendre difficile l'accès au marché.

⁴¹² En effet, seules ces dernières étaient en mesure d'atteindre le dernier palier ouvrant droit aux rabais les plus importants, soit 30%.

⁴¹³ Comm. Décis. n° 95/364/CE du 28 juin 1995, JOCE n° L 216 du 12 septembre 1995 pp. 8 - 14.

CONCLUSION DE CHAPITRE

335.La confrontation au droit de la concurrence des outils servant les patriotismes économiques nationaux montre l'ampleur du risque que font peser de tels instruments sur le droit de l'Union. Ces derniers sont effectivement des sources de contrariétés avec les règles afférentes au contrôle des concentrations, à la prohibition des aides d'État et à l'octroi des droits exclusifs ou spéciaux.

336.En effet, en instituant des dispositifs de contrôle des investissements étrangers dans un dessein protecteur, les États peuvent s'attribuer une compétence quant au contrôle des concentrations, laquelle appartient à la Commission lorsque l'opération est de dimension communautaire.

337.De plus, en prenant à travers les fonds stratégiques d'investissement, des participations dans le capital des entreprises financièrement fébriles, et dans le but d'éviter que ces dernières ne passent sous pavillon étranger, les États membres de l'Union peuvent enfreindre la prohibition des aides d'États. Un tel risque n'est pas une œuvre d'esprit car on l'a vu, les prises de participations des fonds stratégiques peuvent être qualifiées d'aides d'Etat.

338.Plus encore, en octroyant des droits exclusifs et spéciaux à des entreprises notamment stratégiques, dans le but de les protéger et de renforcer leur position concurrentielle, les États courent le risque d'être justiciables des théories de l'abus automatique et des facilités essentielles développées sur la base des articles 106, § 1, *juncto* l'article 102 du TFUE. Un tel comportement est d'autant préjudiciable à la réalisation du marché intérieur, que sa confrontation aux visa susvisés a permis de mettre en exergue un effet qui n'a pas spécialement été révélé par les autorités administratives et juridictionnelles de l'Union, mais qui sous-tend leur raisonnement à savoir : le cloisonnement des marchés nationaux.

339.Ces observations montrent que tout comme les principes de la libre circulation, le principe de

la libre concurrence sait apporter des réponses au patriotisme économique.

CONCLUSION DE TITRE

340.Au final, il importe de dire que si les dispositifs de contrôle des investissements étrangers portent en eux le germe d'une contradiction avec le droit de l'Union européenne, les autorités de cette institution supra étatique n'ont jusqu'ici formellement sanctionné que les actions spécifiques, mettant les réglementations financières avec l'étranger sous surveillance.

341.S'agissant précisément des actions spécifiques, force est de constater que si de tels outils peuvent être contraires au droit de la concurrence, et plus particulièrement au droit des concentrations, les autorités, notamment judiciaires de l'Union, n'ont que très rarement choisi de déployer ces règles, préférant s'appuyer sur celles afférentes à la libre circulation.

342.Enfin, si la mise en place des fonds stratégiques d'investissement, peut mettre les États en porte à faux avec la prohibition des aides d'État, force est de constater qu'à ce sujet, aucun dispositif national n'a été sanctionné. Cette circonstance révélerait la relativité du potentiel nuisible de tels fonds, et plus généralement des outils sous-tendant les patriotismes économiques nationaux, qui peuvent s'accorder avec le droit de l'Union.

**Titre II : Un Encadrement n'excluant pas de possibles
conjonctions**

343. Les principes de la libre circulation des capitaux, de la liberté d'établissement et de la libre concurrence n'étant pas absolus, le traité prévoit d'y déroger. Ces tempéraments sont notamment règlementés aux articles 51, 52, 65 et 346 §1 du TFUE.

344. L'article 51 soustrait du champ d'application de la liberté d'établissement "*les activités participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique*". L'article 52, § 1 quant à lui, autorise les restrictions au droit d'établissement fondées sur les impératifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. L'article 65 du TFUE, relatif à la libre circulation des capitaux, permet aux États "*de prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers, de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique ou de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique*"⁴¹⁴. Il permet en outre d'appliquer des restrictions à la liberté d'établissement compatibles avec le traité⁴¹⁵. De plus, la jurisprudence ouvre la faculté aux États de justifier les restrictions à ces deux libertés en invoquant les raisons impérieuses d'intérêt général. Enfin, l'article 346 §1 prévoit de déroger aux principes de la libre circulation des capitaux et de la liberté d'établissement en évoquant les motifs de protection des intérêts essentiels liés à la protection des États et se rapportant à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre.

345. Les règles afférentes à la libre concurrence souffrent aussi de tempéraments. S'agissant du contrôle des concentrations, l'article 346, §1 du TFUE, fait échapper à l'application du règlement n°139/2004⁴¹⁶, et à l'appréciation de la Commission, les opérations de concentration de taille communautaire en lien avec les intérêts essentiels de la sécurité des États qui touchent

⁴¹⁴ Article 65 §1 du TFUE.

⁴¹⁵ Article 65 §2 du TFUE.

⁴¹⁶ Op. Cit.

au domaine militaire. La concentration ne devant pas avoir des effets sur la concurrence dans les secteurs civils. L'article 21, § 4 du règlement précité autorise les États à prendre des mesures appropriées afin d'assurer la protection des intérêts tels : la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles, ou encore tout autre intérêt⁴¹⁷.

346. S'agissant du droit des aides d'État, les prises de participations en vue de sécuriser le capital des entreprises stratégiques seront qualifiées d'aides d'Etat au sens de l'article 107, § 1 du traité, si l'entreprise reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans les conditions normales du marché. L'appréciation du caractère anormal de l'avantage est opérée à la lumière du critère de l'investisseur privé en économie de marché dégagé par la Commission et repris par la jurisprudence. Le respect de ce critère permet aux États de valider les opérations de recapitalisation d'entreprises stratégiques.

347. Quant aux droits exclusifs ou spéciaux, l'article 106, § 2, qui dispose que "*Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union*", permet aux États de justifier l'octroi abusif de droits exclusifs ou spéciaux lorsque l'entreprise bénéficiaire est chargée de la gestion d'une mission d'intérêt économique général.

348. Au total, le droit de l'Union européenne prévoit des conjonctions entre les principes de la libre circulation (*Chapitre I*), de la libre concurrence (*Chapitre II*), et les interventions des États membres visant à protéger leurs entreprises stratégiques.

⁴¹⁷ Le règlement laisse le soin à la Commission d'apprécier la compatibilité des intérêts autres que ceux expressément visés.

Chapitre I : Conjonctions avec les principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement

349.L'adéquation entre le patriotisme économique, ou plutôt entre les dispositifs de contrôle des investissements étrangers et les principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement s'analysant notamment en exceptions et dérogations à ces principes, il importe de préciser à titre liminaire la démarche des autorités européennes quant à la mise en œuvre de ces tempéraments. À ce sujet, celles-ci opèrent un double contrôle⁴¹⁸:

- un contrôle préalable des finalités poursuivies par la disposition nationale restrictive. À cet effet, lorsque cette dernière est directement discriminatoire, parce que fondée sur le critère de la nationalité ou par assimilation, sur celui du siège social pour les entreprises, la prise en compte de ces finalités s'opère dans le cadre étroit des dérogations ou exceptions à la libre circulation des capitaux et au libre établissement prévues par les articles 51, 52, 65 et 346 § 1 du TFUE. En revanche, lorsque la disposition nationale restrictive est indirectement discriminatoire - parce que fondée sur un critère non ostensible tel que par exemple une condition de résidence - ou indistinctement applicable, la prise en compte de ces finalités s'opère à la lumière des raisons impérieuses d'intérêt général dégagées par la jurisprudence.
- Outre le contrôle des finalités poursuivies par les dispositions nationales restrictives, les autorités européennes vont s'atteler à vérifier les modalités de l'intervention des pouvoirs publics. À propos, cette intervention doit être strictement proportionnée aux intérêts légitimes invoqués.

⁴¹⁸ "Le patriotisme économique à l'épreuve du droit européen", op. cit.

350. Au total, si l'étude des conjonctions entre le patriotisme économique, matérialisé par les dispositifs de contrôle des investissements étrangers montre que celles-ci s'analysent en tempéraments aux principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement (*Section I*), elle révèle aussi que la mise en œuvre de ces tempéraments est strictement encadrée par le droit de l'Union (*Section II*).

Section I : Des conjonctions s'analysant en tempéraments aux principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement

351.Le traité prévoit des dérogations ou exceptions à la libre circulation des capitaux et au libre établissement, alors que la jurisprudence admet que les mesures nationales restrictives puissent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général. Il importe dès lors d'apporter des observations générales sur les dérogations ou exceptions prévues par le traité et sur les justifications admises par la jurisprudence au titre des raisons impérieuses d'intérêt général (*Paragraphe I*).

352.Ensuite, pour échapper au droit de l'Union Européenne, les Etats, s'appuyant sur ces tempéraments, invoquent souvent une série de justifications qui sont diversement accueillies par les autorités communautaires. Il importe de présenter en second lieu la prise en compte des motifs invoqués par les Etats pour justifier le caractère restrictif des dispositifs de contrôle des investissements étrangers (*Paragraphe II*).

Paragraphe 1 : Des tempéraments prévus par le traité et admis par la jurisprudence

353.Il importera de ce point de vue de présenter les exceptions et dérogations prévues par le droit originaire (A), pour ensuite envisager les raisons impérieuses d'intérêt général admises par la jurisprudence (B).

A) Les exceptions ou dérogations prévues par le traité

354. Si le traité fixe des exceptions communes aux principes de la libre circulation des capitaux et de la liberté d'établissement (**1**), il en prévoit aussi qui leur sont spécifiques (**2**).

1) Les exceptions ou dérogations communes aux deux libertés

355. Au titre des exceptions communes, il importe de noter que la liberté d'établissement étant un préalable aux mouvements de capitaux, le paragraphe 2 de l'article 65 du TFUE permet aux États d'appliquer des restrictions au libre établissement compatibles avec le traité qui affecteraient la libre circulation des capitaux⁴¹⁹.

356. Ensuite, les articles 52, § 1 du TFUE (ex 46, § 1 du TCE) et 65, § 1, b) (ex article 58 § 1 b) autorisent les restrictions au droit d'établissement et à la libre circulation des capitaux fondées notamment sur les impératifs d'ordre public, de sécurité publique. En effet, selon l'article 52, § 1 du TFUE, *"les prescriptions du présent chapitre et les mesures prises en vertu de celles-ci ne préjugent pas l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique (...)".* Dans le même sens, l'article 65, § 1, b) dispose que *"l'article 63 [portant interdiction des restrictions aux mouvements des capitaux et aux paiements] ne porte pas atteinte au droit qu'ont les États membres:*

(...) de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique".

357. Ces dispositions appellent quelques observations. Elles permettent tout d'abord de justifier les réglementations nationales restrictives directement discriminatoires. Elles excluent ensuite de

⁴¹⁹A la condition qu'il ne s'agisse ni de discriminations arbitraires, ni de restrictions déguisées (article 65, §3 du TFUE).

leur domaine les matières ayant fait l'objet d'une harmonisation complète. Elles prévoient enfin, notamment deux justifications admises aux limitations au libre établissement et à la libre circulation des capitaux à savoir : l'Ordre public et la sécurité publique.

358. Si de telles justifications sont laissées à la libre appréciation des États, la Cour a très tôt détecté les risques inhérents à un recours un peu trop systématique à ces notions. En effet, les concepts de sécurité publique et d'ordre public, qui il faut le dire touchent à *l'imperium* de l'État, ont pu un temps mettre les autorités de l'Union face à un dilemme. Selon Yves Gautier⁴²⁰, la question posée était celle de savoir si on devait laisser aux États membres la liberté de concevoir l'ordre public et la sécurité publique comme une "réserve"⁴²¹ de compétences ou s'il fallait communautariser ces notions? La deuxième hypothèse n'était pas chose aisée, car il semble en effet difficile de donner à ces concepts un contenu homogène applicable à toutes les libertés fondamentales.

359. La Cour de justice a choisi une voie médiane⁴²² visant à encadrer les hypothèses de recours aux concepts d'ordre public et de sécurité publique comme justifications aux restrictions à la libre circulation des capitaux et au libre établissement. C'est dans ce sens que va l'institution judiciaire européenne dans une affaire⁴²³ qui certes a été rendue dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, mais qui s'applique *mutatis mutandis* au libre établissement et à la libre circulation des capitaux. L'institution judiciaire européenne a pu considérer dans cette affaire que *"la notion d'ordre public dans le contexte communautaire et, notamment, en tant que justification d'une dérogation au principe fondamental de la libre circulation des travailleurs, doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de la*

⁴²⁰ "Ordre public", Répertoire de droit européen, Dalloz, août 2004, dernière mise à jour mars 2014.

⁴²¹ La CJCE a utilisé cette expression dans une affaire mettant en jeu les dérogations posées par l'article 65 du TFUE (ex article 58 du TCE), CJCE, 14 décembre 1995, aff. jtes C-163/94 et C- 250/94, *Sanz de Lera et a*, Rec., I. 4821 point 43.

⁴²² George Karydis, "L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu à variable", RTDeur. 2002, p. 1.

⁴²³ CJCE, 4 décembre 1974, aff. C-41/74, *Van Duyn c/ Home Office*, Rec., 01337.

Communauté".

360. Considérant dans la même décision que les notions d'ordre public et de sécurité publique doivent être entendues strictement, la Cour a pu préciser dans une autre affaire qu'elles supposaient *"l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société"*⁴²⁴. De plus, en exigeant une appréciation *in concreto* des notions d'ordre public et de sécurité publique, la Cour exclut tout recours à celles-ci pour des motifs d'ordre économique⁴²⁵. Une telle appréhension des notions d'ordre public et de sécurité publique montre l'étroitesse de la marge de manœuvre des États, lorsqu'ils instituent des dispositifs de contrôle des investissements étrangers fondés sur ces motifs.

361. S'agissant toujours des tempéraments communs aux deux libertés, l'article 346 al 1 sous b), précise que *"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 intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires"*.

362. Outre les exceptions ou dérogations communes aux deux libertés, le traité en prévoit qui leur sont propres.

2) Les exceptions ou dérogations propres à chaque liberté

363. S'agissant des exceptions ou dérogations spécifiques à chaque liberté, il importe de se référer aux articles 51, al. 1 et 52, § 1 du TFUE - libre établissement -, ainsi qu'aux articles 64 et 65 du TFUE - libre circulation des capitaux - .

⁴²⁴ CJCE, 27 octobre 1977, aff. C-30/77, *Bouchereau*, Rec., 01999. ; CJCE, 27 avril 2006, aff. C-441/02, *Commission c/ Allemagne*, Rec., I. 3449.

⁴²⁵ CJCE, 10 juillet 1984, aff. C-72/83, *Campus Oil Limited c/ Ministre pour l'Industrie et l'Énergie*, Rec., 2727. ; CJCE, 25 octobre 2001, aff. C-398/98, *Commission c/ Grèce*, Rec., I. 7915. Ces affaires mettaient en cause des dispositions nationales restreignant le principe de la libre circulation des marchandises.

364.Le principe de la liberté d'établissement souffre de deux tempéraments spécifiques posés par la première série de dispositions à savoir: la santé publique et les activités participant à l'exercice de l'autorité publique. En effet, L'article 51, § 1 du TFUE permet d'apporter des restrictions à la liberté d'établissement en ce qui concerne "(...) *les activités participant (...), même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique*". La principale difficulté d'interprétation que soulève cette disposition réside dans la définition précise du terme autorité publique.

365.A ce sujet, force est de constater que cette notion a été consacrée par le droit originaire, puis reprise par le législateur⁴²⁶ communautaire et utilisée par le juge communautaire. À portée certaine⁴²⁷, elle recouvre deux acceptions: une acception organique visant à l'assimiler aux organes de l'État, et une acception matérielle visant à l'assimiler aux compétences de ce dernier. S'agissant de ces conceptions, sans les considérer comme exclusives, un auteur a pu opter pour le critère matériel, en considérant l'autorité publique comme une "*entité publique prise dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique*"⁴²⁸. Un autre auteur a préféré adopter le critère organique en soulignant que "*l'État (était un) ensemble d'autorités publiques*"⁴²⁹.

366.Ces divergences doctrinales ont trouvé échos au niveau des institutions communautaires⁴³⁰. Ainsi le Conseil, en considérant dans une directive du 7 juin 1990⁴³¹, l'autorité publique comme "*toute administration publique au niveau national, régional ou local ayant des responsabilités*", a semble-t-il opté pour le critère organique. À l'inverse, dans la sixième

⁴²⁶ Par exemple, la directive n° 90/313/CEE du Conseil du 7 juin 1990, concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement, JOCE n° L. 158, p. 56, article 2, point b.

⁴²⁷ Thomas Hamoniaux, "*L'autorité publique nationale: entre souveraineté d'État et intégration communautaire*", LPA, 27 février 2002 n° 42, P. 6.

⁴²⁸ Michel Bazex, "*L'appréhension des services publics par le droit communautaire*", RFDA 1995, p. 295 et suiv.

⁴²⁹ Maryvonne Hecquard-Theron, "*La notion d'État en droit communautaire*", RTDeur, 1990, p. 693 à 711.

⁴³⁰ En ce sens, Thomas Hamoniaux, "*L'autorité publique nationale: entre souveraineté d'État et intégration communautaire*", op. cit.

⁴³¹ Directive n° 90/313/CEE du Conseil du 7 juin 1990, préc.

directive⁴³² TVA, il ne fait aucun doute qu'il a retenu le critère matériel.

367. La Cour quant à elle n'est pas en reste. Ainsi, elle a pu faire référence au critère organique en parlant d'"autorité publique, auteur"⁴³³, ou d'"autorités publiques à qui un règlement aura confié la responsabilité de fixer les prix »⁴³⁴. Dans cette optique, elle considère comme autorités publiques, non seulement les autorités administratives, mais également le législateur⁴³⁵ et les autorités juridictionnelles nationales⁴³⁶.

368. Cependant, compte tenu de l'insuffisance du critère organique, la Cour a aussi recours au critère matériel. En effet, si tous les organes de l'État peuvent être des autorités publiques, ils ne le sont nécessairement pas en réalité. La Cour a ainsi pu considérer qu'une administration qui relève de l'organisation générale de l'État ne saurait dans son ensemble être considérée comme une autorité publique. En définissant dans une affaire les "*emplois dans l'administration publique (nationale)*" mentionnés à l'article 39 § 4 du TCE [article 45 § 4 du TFUE]⁴³⁷, comme ceux en lien avec "*(...) l'administration investie de la puissance publique et de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État*"⁴³⁸, la Cour a pu adopter une définition fonctionnelle de l'emploi dans l'administration publique, et partant, de l'autorité publique.

369. Au-delà de ces oppositions, force est de constater que le droit communautaire ne définit pas précisément la notion d'autorité publique. L'un des avocats généraux de la Cour a pu déclarer à ce sujet que le juge communautaire se refusait à en donner une définition abstraite⁴³⁹. Devant cette absence de définition, la doctrine a dû s'employer. Ainsi, partant de l'analyse de la

⁴³² Sixième directive du Conseil du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme, JOCE n° L. 145 du 13 juin 1977, p. 1.

⁴³³ CJCE, 1er juin 1999, aff. C-302/97, *Konle*, Rec., p. I. 3099.

⁴³⁴ CJCE, 14 décembre 1982, aff. C-314 à C-316/81 et C-83/82, *Procureur de la République c/ Waterkeyn*, Rec., p. 4337. ; CJCE, 29 janvier 1985, aff. C-231/83, *Cullet*, Rec., p. 305.

⁴³⁵ CJCE., 14 décembre 1982, aff. C-314 à C-316/81 et C-83/82, *Procureur de la République c/Waterkeyn*, préc.

⁴³⁶ CJCE., 21 juin 1987, aff. C-249/85, *Albako c/Balm*, Rec., p. 2345.

⁴³⁷ Cette disposition permet aux États membres de réserver à leurs nationaux les "*emplois dans l'administration publique*".

⁴³⁸ CJCE, 17 décembre 1980, aff. C-149/79, *Commission c/Belgique*, Rec., p. 388.

⁴³⁹ Giuseppe Tesaro, conclusions sous CJCE, 19 janvier 1994, C-364/92, *Sat Fluggesellschaft*, Rec., p. I. 43.

législation communautaire et de la jurisprudence de la Cour de justice, Thomas Hamoniaux⁴⁴⁰, combinant les deux acceptions matérielles et organiques, a pu identifier deux éléments constitutifs mais non cumulatifs de la notion d'autorité publique à savoir:

- les prérogatives de puissance publique, qui renvoient à la capacité d'imposer une conduite conforme à une volonté irrésistible. Si la dite capacité est propre par nature à l'État proprement dit, elle peut être reconnue à une entité publique et même privée. Ainsi, Dans l'arrêt *Sat Fluggesellschaft*⁴⁴¹, la Cour a reconnu que les activités d'*Eurocontrol* - organisme intergouvernemental - relatives au contrôle et à la police de l'espace aérien, se rattachaient à l'exercice de prérogatives de puissance publique.
- les activités relevant du service d'intérêt général, à savoir celles qui se rapportent notamment aux activités liées aux missions régaliennes, aux activités non économiques ressortissant de la compétence des États⁴⁴², et aux activités économiques jugées par la communauté comme essentielles⁴⁴³.

370. Une telle acception large montre que les États, sous le visa du principe du libre établissement, peuvent défendre des entités publiques, d'utilité publique, et même privées du moment que leurs "(...) activités (...), constituent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique"⁴⁴⁴.

371. Tout autre motif de limitation propre à liberté d'établissement, est celui la santé publique. Prévu par l'article 52, § 1 *in fine*, ce motif n'appelle pas de précisions particulières sauf à dire à titre d'illustration, que la Cour range dans cette catégorie la nécessité de garantir un niveau

⁴⁴⁰ "L'autorité publique nationale : entre souveraineté d'État et intégration communautaire", op. cit.

⁴⁴¹ CJCE, 19 Janvier 1994, aff. C-364/92, *Sat Fluggesellschaft*, Rec., p. I. 43.

⁴⁴² Dans l'affaire *Diego Cali et Figli*, la Cour a par exemple pu considérer qu'une activité de surveillance antipollution "(...) se rattach(ait) à l'exercice de prérogatives relatives à la protection de l'environnement qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique", CJCE., 18 mars 1997, aff. C- 343/95, Rec., p. I-1547.

⁴⁴³ A l'exemple de la distribution du courrier normal en tout lieu d'un territoire qui, bien qu'étant une activité économique est considérée par le droit communautaire comme relevant du service d'intérêt général.

⁴⁴⁴ CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, aff. C-2/74, Rec., 631.

élevé de protection de la santé⁴⁴⁵.

372. Ces précisions faites, le traité prévoit aussi des justifications spécifiques aux restrictions à la libre circulation des capitaux. Celles-ci figurent aux articles 64 et 65 du TFUE (ex article 57 et 58 du TCE). Sous l'angle des actions des États se réclamant du patriotisme économique, ces dispositions n'appellent pas de développements particuliers. Cependant, l'article 64 du TFUE peut fonder un dispositif supranational de défense des entreprises stratégiques⁴⁴⁶.

373. Si le traité prévoit des exceptions ou dérogations à la libre circulation des capitaux et au libre établissement, la jurisprudence admet des justifications aux mesures nationales restrictives fondées sur des raisons impérieuses d'intérêt général.

B) Les exceptions ou dérogations dégagées par le Jurisprudence

374. Sous le vocable de "*raisons impérieuses d'intérêt général*", les justifications admises par la jurisprudence appellent quelques observations.

375. Tout d'abord, les raisons impérieuses d'intérêt général ne peuvent justifier que des mesures indirectement discriminatoires parce qu'adossées à des critères tel une condition de résidence, et celles indistinctement applicables, à l'exemple des dispositions nationales instituant les actions spécifiques.

376. Ensuite, les autorités communautaires adoptent quant à de telles justifications, une démarche visant à laisser aux États une appréciation souveraine. Pour autant que les dispositions du traité soient respectées. De plus, le recours par ces derniers aux raisons impérieuses d'intérêt général pour justifier une entrave aux libertés de circulation ne saurait prospérer dans un domaine ayant fait l'objet d'une harmonisation exhaustive⁴⁴⁷.

377. Enfin, force est de constater que les raisons impérieuses d'intérêt général sont trop

⁴⁴⁵ Motif ayant par exemple permis à un État de réserver à des ophtalmologues (à l'exclusion des opticiens non médecins) le droit d'effectuer sur leurs patients certains examens. CJCE, 1er février 2001, aff. C-108/96, *Mac Quen E.A*, Rec., I. 837.

⁴⁴⁶ Voir infra, patriotisme économique européen.

⁴⁴⁷ Pour exemple, CJCE, 9 juillet 1997, aff. C- 34 à C-36/95, *De Agostini et TV shop*, Rec., I. 3843.

nombreuses pour être toutes citées. Les autorités communautaires⁴⁴⁸ ont d'ailleurs expressément reconnu que la jurisprudence y afférent est susceptible d'évoluer. Dès lors, il apparaît quelque peu difficile d'être exhaustif. Cependant, les dispositifs de contrôle des investissements étrangers fournissent largement des illustrations quant à l'admission au titre des raisons impérieuses d'intérêt général, des justifications aux restrictions par eux instaurées.

Paragraphe 2 : La prise en compte des motifs justifiant l'adoption des dispositifs de contrôle des investissements étrangers

378.L'étude des dispositifs de contrôle des investissements étrangers montre que la problématique des justifications à leur caractère restrictif concerne moins les dispositions nationales relatives aux relations financières avec l'étranger que celles instituant les actions spécifiques. En effet, compte tenu de la nature directement discriminatoire des dispositions règlementant les relations financières avec l'étranger, les États prennent souvent le soin de les justifier en évoquant strictement les exceptions ou dérogations prévues par le Traité. Même s'il faut dire qu'en France, un décret de mai 2014⁴⁴⁹ a modifié le dispositif règlementant les relations financières avec l'étranger, lequel s'étend désormais au delà du cadre strict des exceptions et dérogations aux principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement, du moins dans les relations avec les pays tiers.

379.Pour rappel, l'article L-151-2 du CMF permet au gouvernement, pour assurer la "*défense des intérêts nationaux*", d'instituer un système d'"*autorisation*" ou de "*déclaration préalable*" quant aux mouvements de capitaux entre la France et l'étranger et quant à la constitution et la

⁴⁴⁸ Article 4, point 8, et considérant 40 de la directive n° 2006/123 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, JOUE, n° L 376, du 27 décembre 2006.

⁴⁴⁹ Décret n° 2014-479 du 14 mai 2014 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable, JORF n° 0112 du 15 mai 2014 page 8062.

liquidation des investissements étrangers en France. L'article L-151-3 du CMF, visant les exceptions ou dérogations prévues par le traité, précise ce qu'il faudrait entendre par intérêts nationaux à savoir toute "*activité (...) qui, même à titre occasionnel, participe à l'exercice de l'autorité publique ou relève de l'un des domaines suivants :*

a) activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale ;

b) activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives". Cependant, dans les relations financières avec les pays tiers, le décret du 14 mai 2014⁴⁵⁰, codifié à l'article R-153-2 du CMF, est venu étendre le régime fixé par les dispositions susvisées à des secteurs ne relevant pas des exceptions prévues par le traité. Sont désormais soumis à autorisation préalable, les investissements dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications notamment.

380. Fort de ces précisions, il faut dire que la nature indistinctement applicable de la quasi majorité des dispositions nationales instituant les actions spécifiques a amené les États à invoquer une variété de justifications qui ont été diversement accueillies par la Cour. Ainsi, à l'appui de l'institution des actions spécifiques, les États ont pu s'appuyer sur trois grandes préoccupations⁴⁵¹ à savoir : la sécurité nationale, la continuité de la vie nationale, et les objectifs de politique nationale. Si les deux premières préoccupations ont reçu, du moins dans leur principe, un accueil favorable de la part des autorités de l'Union (A), tel n'est pas le cas des secondes (B).

⁴⁵⁰ OP. cit.

⁴⁵¹ En ce sens, Robert Kovar, "*Le patriotisme économique à l'épreuve du droit communautaire*", op. cit.. Pour une étude générale afférente aux justifications apportées par les Etats à leurs régimes restrictifs, voir Robert Kovar, "*Les actions spécifiques : état de la jurisprudence de la Cour de justice*", op. cit.

A) L'admission de principe des motifs liés à la sécurité nationale et à la continuité de la vie nationale

381.L'analyse des décisions rendues par la Cour, et relatives aux actions spécifiques, montre que les Etats justifient le recours à de tels outils protecteurs par la nécessité de garantir la sécurité nationale (1) ou d'assurer la continuité de la vie nationale (2).

1) La prise en compte du motif de la sécurité nationale

382.La nécessité de garantir la sécurité nationale, qui participe de l'indépendance nationale, est prise en compte par le droit originaire et par la jurisprudence. En effet, sous le vocable de "sécurité publique", le traité prévoit en ses articles 346, § 1, sous b), 52, § 1 - libre établissement -, et 65, § 1 sous b) - libre circulation des capitaux -, la possibilité de justifier les mesures nationales restrictives directement discriminatoires et visant à préserver la sécurité nationale.

383.Cependant, la protection de la sécurité nationale, si elle coïncide avec les exceptions ou les dérogations prévues par le traité, est aussi prise en compte au titre des raisons impérieuses d'intérêt général, lorsque la disposition nationale en cause est indistinctement applicable. C'est le cas de la quasi totalité des dispositions nationales instituant les actions spécifiques. Justifiant le caractère restrictif de telles dispositions, certains États membres ont pu invoquer la nécessité de garantir la sécurité de l'approvisionnement en énergie⁴⁵². Pour exemple, l'objectif de garantir la sécurité de l'approvisionnement en produits pétroliers a été évoqué par l'Espagne et

⁴⁵² CJCE, 13 mai 2003, aff. C-463/00, *Commission c/ Espagne*, préc., point 71. ; CJCE, 2 juin 2005, aff. C- 174/04, *Commission c/ Italie*, préc., points 36 à 40. ; CJCE, 14 février 2008, aff. C-274/06, *Commission c/ Espagne*, préc., point 38, note Fabienne Kauff-Gazin, *Revue Europe* n° 4, Avril 2008. ; CJCE, 11 novembre 2010, aff. C-543/08, *Commission c/ Portugal*, préc., points 84 et suiv. ; CJCE, 17 juillet 2008, aff. C- 207/07, *Commission c/ Espagne*, préc., points 41 et suiv. ; CJCE, 4 juin 2002, aff. C-483/99, *Commission c/ France*, préc., point 47, note Gérard Jazottes, op. cit. ; Claude J. Berr , Monique Luby, Catherine Prieto, André Huet , Frédéric Leclerc, " *Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes*", *Journal du droit international (Clunet)* n° 2, Avril 2003, p. 100021. ; CJUE, 8 nov. 2012, aff. C-244/11, *Commission / Grèce*, note François Mélin, op. cit., Fabienne Kauff-Gazin, op. cit.

admis dans son principe par la Cour comme une raison impérieuse d'intérêt général⁴⁵³. À tout aussi pu être invoquée comme justification, la sécurité du réseau de télécommunications⁴⁵⁴ en cas de crise. En appréciant ces justifications, la Cour admet que celles-ci peuvent constituer des raisons de sécurité publique⁴⁵⁵. Cependant, si l'institution juridictionnelle européenne considère comme légitimes de telles préoccupations, elle ne manque pas de relever que les exigences de sécurité publique doivent être "*entendues strictement*", de sorte que leur portée ne soit déterminée de façon unilatérale sans un contrôle des institutions de l'Union. Elle ajoute que "*la sécurité publique ne saurait être invoquée qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société*"⁴⁵⁶. En pratique, ces dérogations concernent spécifiquement les entreprises de défense, les entreprises de communication électroniques, les entreprises pétrolières, gazières et électriques en charge du transport, de la distribution et du stockage d'énergie.

384. Tout autre motif est celui de la continuité de la vie nationale.

2) La prise en compte du motif de la continuité de la vie nationale

385. Le maintien de la continuité de la vie nationale, matérialisé par la nécessité de fournir aux populations des services publics accessibles à tous, est pris en considération en droit de l'Union au titre des raisons impérieuses d'intérêt général. La Cour a par exemple reconnu dans une affaire opposant la Commission aux Pays-Bas, que l'action spécifique instituée au profit de l'Etat néerlandais dans *TPG* pouvait être justifiée par la nécessité de garantir la prestation adéquate d'un service universel⁴⁵⁷. En pratique, l'objectif du maintien de la vie nationale concerne principalement les entreprises qui fournissent des services publics.

386. Ces précisions faites, Plus difficile à admettre, sont les motifs liés à la réalisation des objectifs

⁴⁵³ CJCE, 23 mai 2003, aff. C-463/00, *Commission c/ Espagne*, préc., point 71.

⁴⁵⁴ CJCE, 8 Juillet 2010, aff. C-171/08, *Commission c/ Portugal*, préc., point 72.

⁴⁵⁵ CJCE, 8 Juillet 2010, aff. C-171/08, *Commission c/ Portugal*, préc., point 84.

⁴⁵⁶ CJCE, 4 juin 2002, aff. C-483/99, *Commission c/ France*, préc., point 48.

⁴⁵⁷ CJCE, 28 septembre 2006, aff. C-282/04 et 283/04, *Commission c/Pays-Bas*, préc., point 38.

de politique nationale.

B) La méfiance des autorités européennes à l'égard des motifs liés à la réalisation des objectifs de politique nationale

387.Le droit de l'Union accueille moins favorablement les justifications tirées de la réalisation des objectifs de politique nationale⁴⁵⁸. Une différence est cependant à faire, car si la Cour rejette systématiquement les objectifs de politique nationale de nature économique (1), tel n'est pas le cas lorsque ceux-ci sont de nature non économique (2)

1) Le rejet systématique des motifs économiques de réalisation des objectifs de politique nationale

388.La jurisprudence européenne, rejette systématiquement certaines justifications adossées à des motifs économiques de réalisation des objectifs de politique nationale. Elle a ainsi pu rejeter les motifs tirés de la sauvegarde de l'intérêt financier d'un État⁴⁵⁹, ou encore adossés à la nécessité d'éviter une éventuelle perturbation du marché des capitaux⁴⁶⁰. L'institution juridictionnelle européenne adopte la même démarche quant aux objectifs du choix d'un partenaire stratégique⁴⁶¹, du renforcement de la structure concurrentielle d'un marché⁴⁶², de la modernisation et du renforcement de l'efficacité des moyens de production⁴⁶³, ou enfin de la

⁴⁵⁸ En ce sens, Robert Kovar, " *Le patriotisme économique à l'épreuve du droit communautaire*", op. cit.

⁴⁵⁹ CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/ Portugal*, aff. C-367/98, préc., point 52. ; Claude J. Berr, Monique Luby, Catherine Prieto, André Huet, Frédéric Leclerc, " *Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes*", op. cit.

⁴⁶⁰ CJCE, 8 juillet 2001, aff. C-171/08, *Commission c/Portugal*, préc., point 71.

⁴⁶¹ CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/ Portugal*, aff. C-367/98, préc., point 52.

⁴⁶² CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/ Portugal*, aff. C-367/98, préc., point 52. ; CJCE, 14 février 2008, aff. C-274/06, préc., point 44. ; note Fabienne Kauff-Gazin, op. cit. ; CJCE, 2 juin 2005, aff. C-174/04, *Commission c/ Italie*, préc., point 37.

⁴⁶³ CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/ Portugal*, aff. C-367/98, préc., point 52.

protection à l'égard des fonds souverains⁴⁶⁴.

2) L'admission de principe des motifs non économiques de réalisation des objectifs de politique nationale

389. Contrairement aux motifs économiques de réalisation des objectifs de politique nationale, les motifs non économiques peuvent être admis par le droit de l'Union Européenne.

390. Pour exemple, jugeant de la légalité de la disposition nationale instituant une action spécifique au profit de l'État allemand et du Land de *Basse Saxe* dans le capital de la société *Volkswagen*, la Cour a pu admettre que les justifications tirées de la protection de l'emploi et des actionnaires⁴⁶⁵ pouvaient être favorablement accueillies dans leur principe.

391. Pour mémoire, était en cause dans cette affaire la loi allemande du 21 juillet 1960 relative au transfert au secteur privé des parts de la société *Volkswagen*. À l'occasion de ce transfert, des limitations au droit de vote avaient été introduites. De plus, la loi allemande sur les sociétés fixait à 75% la majorité requise pour l'adoption de certaines décisions en Assemblée Générale. Elle prévoyait en outre que ce taux pouvait être statutairement augmenté. Or, le gouvernement allemand avait fixé par la voie législative et non statutaire un taux de majorité requise de 80%. De plus, l'État fédéral et le Land de Basse-Saxe avaient été autorisés à désigner chacun, deux membres du Conseil de surveillance de *Volkswagen*, indépendamment du montant de leur participation.

392. Pour justifier un tel régime restrictif, les autorités allemandes avaient notamment invoqué l'objectif de la protection des intérêts des actionnaires minoritaires et des travailleurs. Appelée à se prononcer sur ces justifications, la Cour jugea que "*S'agissant de la protection des intérêts des travailleurs, (..), il y a lieu de constater que (l'État allemand) n'a pas été en mesure*

⁴⁶⁴ CJCE, 10 novembre 2011, aff. C-212/09, *Commission c/ Portugal*, Rec., I.10889.

⁴⁶⁵ CJCE, 23 octobre 2007, aff. C-112/05, *Commission c/ Allemagne*, préc., points 74 à 79. Pour un commentaire sur cet arrêt, voir Robert Kovar, "*Après l'arrêt Volkswagen du 23 octobre 2007, quelle liberté pour les États actionnaires ?*", op. cit.

d'expliquer, au-delà de considérations générales sur la nécessité d'une protection à l'égard d'un grand actionnaire qui dominerait seul la société, la raison pour laquelle le maintien, dans le capital de Volkswagen, d'une position renforcée et inamovible au profit d'acteurs publics serait approprié et nécessaire à la satisfaction de l'objectif de protection des travailleurs de cette société". En décidant ainsi, la Cour admettait implicitement qu'elle aurait pu accéder aux justifications invoquées par l'État allemand si ce dernier avait pu expliquer "*la raison pour laquelle le maintien, dans le capital de Volkswagen, d'une position renforcée et inamovible au profit d'acteurs publics serait approprié et nécessaire à la satisfaction de l'objectif de protection des travailleurs de cette société".* Cette position semble montrer une admission de principe de cette justification.

393. S'agissant de la protection des actionnaires minoritaires, la Cour fut davantage explicite quant à l'admission de principe de ce motif. Elle jugea en effet que "*(la) volonté de protéger (les actionnaires minoritaires) peut (...) constituer un intérêt légitime et justifier, (...), une intervention législative, même si cette dernière est susceptible, par ailleurs, de constituer une restriction à la libre circulation des capitaux, (...)*".

394. Pour être conformes au droit de l'Union européenne, les justifications admises au titre des dérogations ou exceptions prévues par le traité, ou au titre des raisons impérieuses d'intérêt général, doivent obéir à des conditions strictes de mise en œuvre.

Section II : Des tempéraments devant être strictement mis en œuvre

395. Pour accueillir favorablement les justifications ou intérêts légitimes invoqués par les États, les autorités européennes se doivent de vérifier que les interventions de ces derniers en vue de protéger leurs entreprises stratégiques sont strictement proportionnées à l'objectif poursuivi. À ce sujet, les dispositions nationales instituant les actions spécifiques fournissent des illustrations quant à ce test de proportionnalité. Mais avant, pour bien comprendre la démarche de la Cour quant à ce test, il importe de revenir sur son raisonnement d'ensemble.

396. De ce point de vue, dans les décisions qu'elle a rendu, la démarche de l'institution juridictionnelle européenne consistait à constater que les modalités variables retenues par les réglementations nationales instituant les actions spécifiques⁴⁶⁶ étaient constitutives de restrictions à la libre circulation des capitaux et accessoirement à la liberté d'établissement. Dès lors, la question qui se posait était de savoir si ces réglementations pouvaient être justifiées par les dérogations ou exceptions prévues par le traité ou par les raisons impérieuses d'intérêt général dégagées par la jurisprudence. En dehors du Royaume-Uni⁴⁶⁷ qui s'était refusé à invoquer la moindre justification, les États membres ont notamment tenté de justifier l'existence de leur réglementation en faisant valoir des motifs tels que la nécessité de maintenir la sécurité des approvisionnements énergétiques⁴⁶⁸, de protéger les intérêts des

⁴⁶⁶ Notamment l'exigence d'une autorisation préalable des autorités administratives ou de l'associé étatique en cas de cession de parts sociales des entreprises privatisées et avant toute prise de décision des organes de ces entreprises.

⁴⁶⁷ CJCE, 13 mai 2003, Aff. C-98/01, *Commission c/ Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord*, préc.

⁴⁶⁸ Cas de la France, CJCE, 4 juin 2002, Aff. C-483/99, *Commission c/ France*, préc.

travailleurs ou des actionnaires minoritaires⁴⁶⁹ ou enfin d'assurer la continuité des services publics⁴⁷⁰.

397.L'admission de principe de ces justifications au titre de motifs légitimes amenait le juge de l'Union à opérer un contrôle des modalités des mesures contestées. S'agissant de ce contrôle, le droit de l'Union européenne reconnaît qu'à défaut d'harmonisation, il appartient en principe aux États membres de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection des intérêts légitimes invoqués, ainsi que la manière dont ce niveau doit être atteint⁴⁷¹, sous le respect cependant de deux conditions cumulatives : l'adéquation et la proportionnalité de la mesure nationale par rapport à l'objectif poursuivi.

398.On déduit que l'admission des justifications au caractère restrictif des dispositifs de contrôle des investissements étrangers suppose que ces derniers soient en adéquation avec les objectifs invoqués (*Paragraphe I*), mais aussi nécessaires pour atteindre ces objectifs (*Paragraphe II*).

Paragraphe 1 : La nécessaire adéquation des dispositifs de contrôle des investissements aux motifs légitimes invoqués

399.L'analyse du test d'adéquation exige que l'on en fasse une présentation générale (*A*), avant de préciser son application aux dispositifs de contrôle des investissements étrangers, ou plus précisément aux dispositions nationales instituant les actions spécifiques. Cette matière étant en effet riche d'illustrations (*B*).

⁴⁶⁹ Cas de l'Allemagne, CJCE, 23 octobre 2007, Affaire C-112/05, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, préc.

⁴⁷⁰ Cas des Pays-bas, CJCE, 28 septembre 2006, *Aff. Jtes. C-282/04 et C-283/04, Commission c/ Pays-Bas*, préc..

⁴⁷¹ CJCE, 28 septembre 2006, *aff. Jtes C-284/04 et C6283/04, Commission c/ Pays-Bas*, préc., point 33.

A) De quelques Observations générales sur le test d'adéquation

400. Rendant ses conclusions dans une affaire relative à une question préjudicielle posée à la Cour par une juridiction des *Asturies* à propos d'un régime restreignant le libre établissement, L'Avocat Général *Maduro* reconnaissait que *"s'il faut tenir dûment compte du jugement des autorités législatives et réglementaires nationales, qui sont les mieux placées, du fait de leur plus grande proximité par rapport aux conditions locales et de leurs connaissances spécialisées, pour déterminer la meilleure façon d'atteindre les objectifs de politiques publiques telles que la protection de la santé publique, ce n'est pas sans risque que l'on s'en remet à l'appréciation de ces organes. Cette même proximité expose également ces entités à faire l'objet d'un "détournement réglementaire" par les intérêts spéciaux (...) au détriment des intérêts des consommateurs et des concurrents étrangers et nationaux potentiels"*⁴⁷². Cette position, en parfaite adéquation avec la jurisprudence de la Cour, était de nature à souligner la nécessité de recourir au test d'adéquation pour vérifier que les dispositions nationales restrictives visent bel et bien les intérêts légitimes invoqués, et non pas des desseins inavoués tels la protection des certaines entreprises ou de certains intérêts privés⁴⁷³.

401. Cette vérification passe par l'analyse de la cohérence et de la constance du système restrictif. À ce sujet, la Cour énonce qu'*"une législation nationale n'est propre à garantir la réalisation de l'objectif invoqué que si elle répond véritablement au souci d'atteindre celui-ci d'une manière cohérente et systématique"*⁴⁷⁴. Donnant de la substance à cette affirmation, l'Avocat Général *Maduro* a pu à l'occasion de la même affaire, considérer que *"[l]' exigence [de cohérence et de constance] permet à la Cour de distinguer entre les législations qui poursuivent effectivement un objectif public légitime et les législations qui étaient peut-être*

⁴⁷² Conclusions de l'avocat général *Poiaras Maduro*, présentées le 30 septembre 2009, sous CJCE, 1^{er} juin 2010, aff. C-570/07, *Blanco Pérez et Chao Gómez*, Rec., I. 04629, point 20.

⁴⁷³ En ce sens, voir Anne-Lise Sibony et Alexandre Defossez, *"Marché intérieur [Libre circulation des marchandises, des services, des capitaux et liberté d'établissement]"*, RTDeur. 2010, p.633.

⁴⁷⁴ CJUE, 19 mai 2009, aff. Jtes C-171/07 et C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, Rec., I. 04171.

*destinées à l'origine à poursuivre un tel objectif, mais qui ont été détournées par certains intérêts spéciaux*⁴⁷⁵.

402.Plusieurs arrêts rendus par la Cour illustrent la portée du test d'adéquation, ou plutôt l'incohérence de certaines dispositions nationales restrictives, et donc leur inadéquation au but recherché. Ainsi, dans l'arrêt "*Hartlauer*"⁴⁷⁶, la Cour a admis l'argument de l'État autrichien tenant à l'éventuelle nécessité de limiter le nombre de cabinets médicaux afin de préserver le bon fonctionnement du système médical. Toutefois, elle a considéré que la réglementation ne reflétait pas véritablement l'intention d'atteindre cet objectif, parce que les polycliniques autonomes et les cabinets de groupe pouvaient avoir un impact identique, mais la législation ne visait que les premières.

403.Dans le même sens, dans l'affaire *Corporación Dermoestética*, si la Cour a admis que les limitations afférentes à la publicité télévisée des produits médicaux et chirurgicaux pouvaient être justifiées par des raisons de santé publique, elle a cependant jugé que la législation restrictive n'était pas cohérente parce qu'elle s'appliquait aux chaînes de télévision nationales, mais pas aux chaînes locales⁴⁷⁷.

404.Inversement, l'institution juridictionnelle européenne, en s'appuyant sur la nécessité de cohérence et de constance, a admis au titre des exceptions à la liberté d'établissement, le dispositif allemand qui exigeaient que les pharmacies soient exploitées par des pharmaciens, et que les hôpitaux devaient s'approvisionner exclusivement en produits pharmaceutiques auprès des pharmacies locales⁴⁷⁸.

405.Compte tenu de ce qui précède, il est possible de dire qu'au total, par le test d'adéquation, la Cour cherche à trouver un équilibre entre le respect du choix des États quant à la manière de

⁴⁷⁵ Conclusions de l'avocat général Maduro, présentées le 30 septembre 2009 sous aff. C-570/07, *Blanco Pérez et Chao Gómez*, préc., point 21.

⁴⁷⁶ CJCE, 10 mars 2009, aff. C-167/09, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH c/ Wiener Landesregierung et Oberösterreichische Landesregierung*, Rec., I. 01721.

⁴⁷⁷ CJCE, 17 juillet 2008, aff. C-500/06, *Corporación Dermoestética*, Rec., 2008 I. 05785, points 37 à 39.

⁴⁷⁸ CJUE, 19 mai 2009, aff. Jtes C-171/07 et C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, préc., points 41 à 50.

mettre en œuvre leur politique restrictive, et la cohérence de ces choix avec les justifications invoquées. Quid de l'application de cette démarche aux dispositifs de contrôle des investissements étrangers ?

B) L'application du test d'adéquation aux dispositifs de contrôle des investissements étrangers: cas des dispositions nationales instituant les actions spécifiques

406. Toutes les décisions rendues par la Cour ne mettent pas suffisamment en exergue le test d'adéquation, ou plutôt la vérification de la cohérence et de la constance des dispositions nationales instituant les actions spécifiques au profit des États. En effet, La Cour se borne à dire dans certaines affaires que les États ne démontrent pas en quoi les dispositifs restrictifs sont aptes à atteindre les motifs textuels ou jurisprudentiels invoqués⁴⁷⁹. En conséquence, nous n'évoquerons que les plus pertinentes.

407. Cette précision faite, la Cour a pu démontrer l'incohérence d'une disposition nationale espagnole limitant les droits de vote afférents aux actions détenues par des entités publiques dans les entreprises espagnoles du secteur énergétique en affirmant que "*(...) la seule supervision de l'entité publique au moment où celle-ci prend le contrôle d'une entreprise espagnole opérant dans le secteur de l'énergie ou acquiert une participation significative dans cette dernière ne permet pas d'assurer que, une fois les droits de vote afférents aux actions détenues par cette entité reconnus, celle-ci va les utiliser d'une manière appropriée garantissant la sécurité de l'approvisionnement énergétique*"⁴⁸⁰. Pour mémoire, la disposition nationale en cause imposait une obligation de notification aux entités ou personnes à caractère public, et aux entités de tout type majoritairement détenues ou contrôlées par des entités ou

⁴⁷⁹ CJCE, 8 juillet 2010, aff. C-171/08, *Commission c/ Portugal*, préc., point 74. ; CJUE, 10 nov. 2011, aff. C-212/09, *Commission c/ Portugal*, préc., point 85.

⁴⁸⁰ CJCE, 14 février 2008, aff. C-274/06, *Commission c/ Espagne*, préc., point 45.

administrations publiques, lorsque ces dernières prenaient le contrôle ou acquéraient des participations significatives dans des sociétés d'importance nationale exerçant des activités sur les marchés de l'énergie⁴⁸¹.

408.Dans le même sens, jugeant de la légalité d'une disposition nationale espagnole soumettant à autorisation préalable de la Commission Nationale de l'Energie, l'acquisition de certaines participations dans les entreprises exerçant certaines activités réglementées dans le secteur de l'énergie, ainsi que l'acquisition des actifs nécessaires à l'exercice de ces activités, la Cour a pu davantage apporter des illustrations quant à l'application du test d'adéquation. Le gouvernement espagnol justifiait la cohérence de l'autorisation préalable par la nécessité d'intervenir *ex ante* afin de juguler d'éventuels risques pour l'approvisionnement en énergie. La Cour, s'appuyant sur l'argument développé par la Commission, a pu constater que la disposition nationale restrictive ne permettait pas, dans tous les cas, d'assurer les objectifs invoqués. Elle soutenait en effet que le régime d'autorisation préalable n'était pas apte à assurer que la sécurité de l'approvisionnement en énergie soit garantie si une menace réelle et suffisamment grave survenait après que l'autorisation eût été accordée⁴⁸². La Cour développe ensuite un deuxième argument montrant l'incohérence de la disposition nationale espagnole. Constatant que le régime en cause subordonne l'autorisation préalable à des conditions devant être mises en œuvre postérieurement, l'institution judiciaire européenne relevait que "(...) *ces conditions ne peuvent être formulées qu'au moment de la délivrance de ladite autorisation, c'est-à-dire à un moment où ladite menace pourrait ne pas encore avoir surgi. Or, il n'est pas certain que, à ce moment précis, toutes les éventuelles hypothèses de menaces réelles et suffisamment graves pour la sécurité de l'approvisionnement en énergie puissent être prises en compte dans le cadre des dites conditions*"⁴⁸³.

409.Dans une autre affaire relative à des faits similaires, la Cour a pu démontrer l'incohérence

⁴⁸¹ CJCE, 14 février 2008, aff. C-274/06, *Commission c/ Espagne*, préc., point 1.

⁴⁸² CJCE, 17 juillet 2008, aff. C-207/07, *Commission c/ Espagne*, préc., point 52.

⁴⁸³ CJCE, 17 juillet 2008, aff. C-207/07, *Commission c/ Espagne*, préc., point 53.

d'un régime italien donnant un droit de *veto* au Ministre de l'économie et des finances⁴⁸⁴, quant à l'acquisition de participations ou à la conclusion de pactes d'actionnaires représentant au moins 5% des droits de vote.

410. Dans cette affaire, les débats afférents au test d'adéquation ont tourné, non pas autour des pouvoirs conférés au Ministre de l'économie et des finances, mais des critères d'exercice desdits pouvoirs. La question était plus précisément celle de savoir si les prises de participations et les pactes d'actionnaires représentant au moins 5% des droits de vote représentaient une menace qui justifiait que l'on attribue de tels pouvoirs au Ministre de l'économie et des finances. Répondant à cette question, l'avocat général affirmait ne pas comprendre *"la façon dont l'acquisition d'actions ou un accord entre actionnaires (pouvait) susciter le moindre risque grave et réel d'interruption des fournitures de produits énergétiques ou de perturbations, elles aussi graves et certaines, de la continuité des services publics"*⁴⁸⁵.

411. Concluant en l'incohérence du régime en cause, la Cour suivait les conclusions de l'avocat général en relevant que *"l'application des critères litigieux en tant qu'ils se rapportent à l'exercice des pouvoirs d'opposition n'est pas apte à atteindre les objectifs poursuivis en l'espèce, en raison d'une absence de lien entre lesdits critères et ces pouvoirs"*⁴⁸⁶.

412. Une fois le test d'adéquation passé avec succès, encore faudrait-il que la disposition nationale restrictive passe le test de nécessité et de proportionnalité.

⁴⁸⁴ En cas de risque grave et réel pour l'approvisionnement minimal en ressources énergétiques et en biens essentiels à la collectivité, pour la continuité du service public, pour la sécurité des installations utilisées dans le cadre des services publics essentiels, pour la défense nationale, la protection de l'ordre public et de la sécurité publique, ainsi que pour les urgences sanitaires.

⁴⁸⁵ Conclusions Avocat Général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, présentées le 6 novembre 2008, sous CJCE, 26 mars 2009, aff. C-326/07, *Commission c/ Italie*, point 69.

⁴⁸⁶ CJCE, 26 mars 2009, aff. C-326/07, *Commission c/ Italie*, préc., point 47.

Paragraphe 2 : L'exigence de nécessité et de proportionnalité des dispositifs de contrôle des investissements étrangers

413.L'exigence de nécessité et de proportionnalité conduit à rechercher s'il existait des mesures restrictives moins contraignantes (A). Cet impératif amène ensuite la Cour à exercer un contrôle sur l'exercice des pouvoirs conférés à l'État par la mesure nationale en cause (B).

A) La recherche d'alternatives moins contraignantes

414.L'exigence de nécessité et de proportionnalité amène la cour à se demander s'il n'existait pas des mesures moins restrictives pour atteindre l'objectif invoqué. Il importe dès lors de présenter la démarche des institutions juridictionnelles européennes quant à cette recherche. Mais avant, il nous semble important d'évoquer quelques règles afférentes à l'administration de la preuve dans ce domaine.

415.À ce sujet, certaines affaires mettant en cause des mesures nationales restrictives des principes du libre établissement et de la libre circulation des marchandises ont pu fournir quelques règles de preuve afférentes à la recherche d'alternatives moins contraignantes. La Cour a ainsi pu juger que "*(...) s'il est vrai qu'il incombe à l'État membre invoquant une exigence impérative pour justifier l'entrave à la libre circulation des marchandises de démontrer que sa réglementation est appropriée et nécessaire en vue d'atteindre l'objectif légitime poursuivi, cette charge de la preuve ne saurait aller jusqu'à exiger que cet État membre démontre, de manière positive, qu'aucune autre mesure imaginable ne permet de réaliser ledit objectif dans*

*les mêmes conditions*⁴⁸⁷. La Cour a par ailleurs reconnu que le seul fait qu'il existe des législations moins contraignantes dans d'autres États membres, ne saurait avoir d'incidence sur l'appréciation des principes de nécessité et de proportionnalité⁴⁸⁸. De plus, à propos d'une législation italienne imposant aux avocats l'obligation de respecter des tarifs maximaux, la Cour a jugé qu'une réglementation ne constituait pas une restriction à la liberté d'établissement du fait que d'autres États membres appliquaient aux prestataires de services similaires établis sur leur territoire, des règles moins strictes ou économiquement plus intéressantes⁴⁸⁹.

416. La Cour considère enfin qu'il n'est pas nécessaire que l'intérêt légitime en cause corresponde à une conception partagée par tous les États membres⁴⁹⁰.

417. Cette précision faite, il faut dire que la démarche⁴⁹¹ de la Cour quant à la recherche d'alternatives aux mesures nationales de protection des entreprises, l'amène à examiner tout d'abord la nature des pouvoirs conférés à l'État. De ce point de vue, force est de constater que l'institution juridictionnelle européenne se montre assez méfiante envers les interventions *ex ante*. Sont visées les systèmes de déclaration et/ou d'autorisation préalables. À leur endroit, la Cour décide qu'ils doivent être strictement proportionnels aux buts poursuivis, et qu'il ne doit pas exister pas des mesures moins restrictives aptes à atteindre de tels buts⁴⁹².

418. A titre d'illustration, jugeant des justifications apportées⁴⁹³ par le gouvernement espagnol à propos d'un régime soumettant à autorisation préalable de la Commission Nationale de l'Énergie, l'acquisition de certaines participations dans les entreprises exerçant certaines activités réglementées dans le secteur de l'énergie, ainsi que l'acquisition des actifs nécessaires

⁴⁸⁷ CJCE, 10 février 2009, aff. C-110/05, *Commission c/ Italie*, Rec., I. 0519, point 66. Était en cause une mesure restreignant la libre circulation des marchandises.

⁴⁸⁸ CJCE, 11 juillet 2002, aff. C-294/00, *Grübner*, Rec., I. 6515. Était en cause à une mesure nationale restreignant le libre établissement.

⁴⁸⁹ CJUE, 29 mars 2011, aff. C-565/08, *Commission c/ Italie*, Rec., I. 02101.

⁴⁹⁰ CJCE, 14 octobre 2004, aff. C-36/02, *Omega*, Rec., I. 9609.

⁴⁹¹ Sur la question, voir Rober Kovar, "*le patriotisme économique à l'épreuve du droit communautaire*", op cit. ; "*Les actions spécifiques : état de la jurisprudence de la Cour de justice*", op. cit.

⁴⁹² CJCE, 4 juin 2002, aff. C-367/98, *Commission c/ Portugal*, préc., point 50. ; CJCE, 4 juin 2002, aff. C-483/99, *Commission c/ France*, préc., point 46.

⁴⁹³ L'objectif de garantir la sécurité de l'approvisionnement en énergie.

à l'exercice de ces activités, la Cour, s'appuyant sur l'argument développé par la Commission relève que "(...) le Royaume d'Espagne n'a pas démontré que l'objectif poursuivi ne pourrait pas être atteint par des mesures moins restrictives, telles que celles prévues à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2003/54, à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2003/55 et à l'annexe de la directive 2004/67. En effet, ces dispositions prévoient non seulement la possibilité pour les États membres d'imposer aux entreprises du secteur concerné des obligations de service public clairement définies, transparentes et non discriminatoires ainsi que de mettre en œuvre des planifications à long terme appropriées, afin de diminuer les risques pour la sécurité de l'approvisionnement en énergie, mais aussi la possibilité pour lesdits États de mettre en œuvre des mesures d'urgence visant à faire face aux situations de rupture de cet approvisionnement(...)"⁴⁹⁴.

419.À l'inverse, la Cour semble plus favorable aux interventions *ex post*. Sont visés, les régimes d'opposition ou de déclaration *a posteriori*. La décision rendue par l'institution juridictionnelle européenne dans l'affaire relative aux actions spécifiques de l'État belge dans le capital la *SNTC* et de *Distrigaz* témoigne de cet *a priori* favorable. À l'endroit de tels régimes, la Cour a pu juger qu'ils étaient moins restrictifs en ce qu'ils respectaient "*l'autonomie de décision de l'entreprise*"⁴⁹⁵.

420.La recherche d'alternatives moins contraignantes conduit ensuite la Cour à examiner l'objet des pouvoirs conférés aux États. De ce point de vue, les autorités juridictionnelles européennes accueillent défavorablement toute intervention directe sur la structure du capital et sur la configuration de l'actionnariat. Sont visées par exemple, les dispositions nationales dont l'objectif n'est ni plus ni moins que d'éviter que des investisseurs d'autres États membres n'acquière des parts importantes dans le capital des entreprises stratégiques, à moins qu'il soit démontré qu'il n'existait pas de mesures moins restrictives pouvant permettre d'atteindre l'objectif invoqué.

⁴⁹⁴ CJCE, 17 juillet 2008, aff. C-207/07, *Commission c/ Espagne*, précité point 57.

⁴⁹⁵ CJCE, 4 juin 2002, aff. C- 503/99, *Commission c/ Belgique*, précité point 49.

421.À l'inverse, les autorités de l'Union européenne se montrent bienveillantes à l'égard des régimes qui, quoique pouvant impacter indirectement la structure patrimoniale de l'entreprise, visent le processus de décision de celle-ci, à l'exemple des décisions relatives au gouvernement d'entreprise.

422.L'affaire relative à l'action spécifique belge dans le capital de SNTC et de Distrigaz est significative de cette attitude. Dans cette affaire, la Cour a pu relever que le régime d'apposition a *posteriori* était "*limité à certaines décisions concernant les actifs stratégiques desdites sociétés, en particulier, les réseaux d'énergie, ainsi qu'à des décisions de gestion spécifiques y relatives*"⁴⁹⁶.

423.Tout autre indice relatif au test de proportionnalité et de nécessité est celui de l'exercice des pouvoirs conférés à l'État.

B) Le contrôle de l'exercice des pouvoirs conférés par la mesure nationale restrictive

424.Le contrôle de la mise en œuvre des régimes restrictifs amène *in fine* le juge de l'Union européenne à scruter l'exercice des pouvoirs conférés à l'État. De ce point de vue, la Cour considère que les régimes nationaux restrictifs ne doivent pas laisser un pouvoir discrétionnaire aux personnes chargées de leur mise en œuvre. Pour éviter une telle situation l'institution juridictionnelle européenne estime que les interventions des États doivent être fondées sur des critères objectifs, et susceptibles de contrôle juridictionnel⁴⁹⁷.

425.S'agissant des régimes d'autorisation préalable, la Cour a par exemple jugé qu'ils doivent être adossés à des critères objectifs, non discriminatoires, et connus à l'avance des entreprises concernées⁴⁹⁸, de façon à respecter l'exigence de sécurité juridique.

⁴⁹⁶ CJCE, 4 juin 2002, aff. C-483/99, *Commission c/ France*, préc., point 50.

⁴⁹⁷ CJCE, 4 juin 2002, aff. C-503/99, *Commission c/ Belgique*, préc., point 52.

⁴⁹⁸ CJCE, 4 juin 2002, aff. C-367/98, *Commission c/ Portugal*, préc., point 50.

426.A titre d'illustration, la Cour a rejeté les justifications fournies par le gouvernement espagnol, et relatives à un régime restrictif soumettant à autorisation de la CNE, l'acquisition d'actifs ou de participations dans les entreprises du secteur de l'énergie, au motif que "(...) *les dispositions fixant les raisons pour lesquelles la CNE est habilitée à refuser ou à soumettre à certaines conditions une autorisation d'acquisition d'une participation dans une entreprise exerçant des activités réglementées dans le secteur de l'énergie ou d'actifs nécessaires à l'exercice de ces activités sont rédigées en des termes généraux et imprécis (...)*"⁴⁹⁹.

427.La Cour rejette encore un décret-loi italien donnant un droit de veto au Ministre de l'économie et des finances quant à l'acquisition de participations ou à la conclusion de pactes d'actionnaires représentant au moins 5% des droits de vote, au motif que le décret instituant de tels pouvoirs spéciaux "*ne (contenait) pas de précisions sur les circonstances concrètes dans lesquelles le pouvoir de veto (pouvait) être exercé et les critères qu'il (énonçait) ne (reposaient) (...) pas sur des conditions objectives et contrôlables*"⁵⁰⁰.

428.L'institution juridictionnelle adopte la même solution quant à l'action spécifique détenue par l'État français dans le capital d'*Elf Aquitaine*. Elle rejette les justifications apportées par le gouvernement français au motif que l'exercice des pouvoirs conférés au Ministre de l'économie et des finances n'était soumis à aucune condition, à l'exception de la protection des intérêts nationaux⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ CJCE, 17 juillet 2008, aff. C- 207/07, *Commission c/ Portugal*, préc., point 56.

⁵⁰⁰ CJCE, 26 mars 2009, aff. C-326/07, *Commission c/ Italie*, préc., point 72.

⁵⁰¹ CJCE, 4 juin 2002, aff. C-483/99, *Commission c/ France*, préc., point 51.

CONCLUSION DE CHAPITRE

429. Les développements précédents montrent l'intransigeance des autorités, notamment judiciaires de l'Union, quant aux dispositifs de contrôle des investissements étrangers. Cette fermeté se vérifie tant au stade de l'admission des justifications avancées par les États à l'appui de leurs régimes restrictifs, qu'à celui de l'analyse de leur cohérence.

430. S'agissant des justifications, force est de constater que si le droit de l'Union admet en principe la sécurité nationale, la continuité de la vie nationale, les motifs non économiques de réalisation des objectifs de politique nationale, comme justifications aux dispositifs de contrôle des investissements étrangers, tel n'est pas le cas des celles [les justifications] afférentes aux motifs économiques de réalisation des objectifs de politique nationale.

431. Quant à l'analyse de la cohérence de tels régimes restrictifs, les exigences d'adéquation, de nécessité, et de proportionnalité, qui sont appréciées strictement par les autorités de l'Union, rendent très difficile l'accueil favorable des justifications invoquées par les États. De ce point de vue, force est de constater que la plupart des dispositifs nationaux instituant les actions spécifiques n'ont pas passé avec succès le test de nécessité et de proportionnalité, à l'exception du régime mis en place par le Royaume de Belgique.

432. Tout comme les principes gouvernant la libre circulation, les principes de la libre concurrence souffrent aussi des tempéraments pouvant tout aussi bien s'analyser en conjonctions entre le patriotisme économique et le droit de l'Union européenne.

Chapitre II : Conjonctions avec les principes afférents à la libre concurrence

433. Pour mémoire, les interventions des États en vue de contrôler les investissements étrangers au moyen de dispositions nationales instituant les actions spécifiques ou réglementant les relations financières avec l'étranger, sont potentiellement conflictuelles avec le contrôle communautaire des concentrations, lorsqu'elles visent les opérations constitutives de fusion ou d'acquisition de contrôle de taille communautaire. De plus, les prises de participations effectuées par les États au travers de fonds stratégiques d'investissement, et en vue de sécuriser le capital des entreprises stratégiques, risquent de tomber sous le coup de la prohibition des aides d'État. Enfin, l'octroi de droits exclusifs ou spéciaux peut entrer en contradiction avec les théories de l'abus automatique et des facilités essentielles.

434. Ces contradictions ne sont cependant pas absolues. En effet, comme dans le cas des règles afférentes à la libre circulation, il y a place à des conjonctions entre ces interventions et les principes de la libre concurrence. Les États peuvent ainsi garder une compétence exclusive sur certaines opérations de concentration de taille communautaire (*Section I*). Ils peuvent tout aussi bien, lorsqu'ils prennent des participations dans le capital des entreprises stratégiques par le biais des fonds stratégiques d'investissement, se comporter en investisseur privé en économie de marché, et éviter toute qualification d'aide d'État. Ils peuvent enfin, justifier l'octroi abusif de droits exclusifs ou spéciaux par la nécessité de permettre à l'entreprise, ou aux entreprises bénéficiaire(s), d'accomplir une mission d'intérêt économique général (*Section II*).

Section I : La légalité des dispositifs de contrôle des investissements étrangers au regard du droit des concentrations de l'Union européenne

435. Pour mémoire, le règlement CE n° 139/2004 du janvier 2004⁵⁰² a posé le principe de l'inclusion dans son champ d'application des concentrations de taille communautaire, excluant par voie de conséquence l'application des règles nationales. Or, les interventions des États en vue de protéger leurs entreprises stratégiques, peuvent aller à l'encontre de cette règle de principe, en ce qu'elles perturbent le contrôle que peuvent opérer les autorités communautaires. Par conséquent, seule la commission a le pouvoir de décider du sort de telles opérations de concentrations.

436. Cependant, cette règle de principe est tempérée par la possibilité ouverte aux États de contrôler certaines opérations de concentration de taille communautaire⁵⁰³. Ainsi, l'article 346, §1 sous b) fait échapper à l'application du règlement CE n° 139/2004⁵⁰⁴, et à l'appréciation de la Commission, les opérations de concentration de taille communautaire en lien avec les intérêts essentiels de la sécurité des États qui touchent à la défense nationale. Plus significatif, et ce sera l'objet de nos développements, les interventions des États en vue de faire obstacle aux fusions et aux acquisitions de contrôle de taille communautaire, peuvent être envisagées dans un cadre strictement défini par les alinéas 2 et 3 de l'article 21, § 4 du règlement CE sur les concentrations. (*Paragraphe I*). En précisant néanmoins que cette compétence exclusive s'exerce sous le contrôle de la Commission (*Paragraphe II*).

⁵⁰² Op. Cit.

⁵⁰³ Voir Robert Kovar, "Le patriotisme économique à l'épreuve du droit communautaire", op. cit. : Sylvaine Poillot-Peruzetto, "Concentrations", Répertoire de droit européen, op. cit.

⁵⁰⁴ Op. cit.

Paragraphe 1 : Une légalité soumise à certaines conditions et emportant certains effets

437.L'article 21, § 4 en ses alinéas 2 et 3 prévoit deux types d'intérêts pouvant être invoqués par les États à l'appui de l'exercice leur compétence exclusive à savoir : les intérêts légitimes ou tout autre intérêt public (**A**). Cette compétence exclusive emporte certains effets qu'il importera de préciser (**B**).

A) La condition afférente à la validité des dispositifs de contrôle des investissements étrangers : l'invocation de certains intérêts reconnus légitimes ou de tout autre intérêt

438.L'article 21, § 4 du règlement CE n° 139/2004⁵⁰⁵, pose certaines conditions auxquelles les États doivent se conformer pour contrôler, voire interdire les opérations de concentration de taille communautaire. Cette disposition en son alinéa 1^{er} autorise les États membres à "*(...) prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes (...) compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire*". L'alinéa 2 de cette disposition énonce ensuite précisément les intérêts permettant aux États d'avoir compétence sur certaines opérations de concentration à savoir : "*la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles*". C'est par exemple sur la base de cette disposition que l'État français était intervenu pour protéger des intérêts liés à la sécurité publique, à l'occasion d'une opération de concentration qui avait été autorisée par la

⁵⁰⁵ Op. cit.

Commission⁵⁰⁶.

439.À côté de cette liste limitative, en disposant que "*Tout autre intérêt public doit être communiqué par l'État membre concerné à la Commission et reconnu par celle-ci après examen de sa compatibilité avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire avant que les mesures visées ci-dessus puissent être prises. (...)*", l'alinéa 3 de la même disposition ouvre aux États, la faculté de protéger tout autre intérêt public, en respectant cependant Certaines conditions de forme.

440.Ces dispositions, qui n'appellent pas davantage de développements, emportent certains effets.

B) Les effets attachés à la légalité des dispositifs de contrôle des investissements étrangers

441.La compétence d'exception des États résultant des intérêts légitimes *per se* - sécurité publique, pluralité des médias, règles prudentielles -, ou de tout autre intérêt public reconnu comme légitime et compatible par la Commission, leur permet selon les termes de l'article 21, §4 alinéa 1, de "*prendre des mesures appropriées pour assurer la protection (de leurs) intérêts légitimes*".

442.Cette disposition leur permettrait donc de protéger leurs entreprises en interdisant ou en soumettant les investissements étrangers à des procédures de déclaration préalable ou d'opposition *a posteriori*. Ils peuvent tout aussi bien, en invoquant les mêmes intérêts, soumettre à approbation toute décision concernant la fusion des entreprises stratégiques avec d'autres entités.

443.Cependant, force est de constater que cette compétence exclusive n'exclut pas une compétence parallèle de la Commission.

⁵⁰⁶ Décis. Comm, du 19 mai 1993, aff. *IV/M.0336, IBM France/CGI*.

Paragraphe 2 : Une légalité encadrée par la Commission

444. Si la lecture du règlement CE n° 139/2004⁵⁰⁷ sur les concentrations montre que la Commission, dans certaines circonstances, perd sa compétence exclusive, force est de constater que ce déplacement de curseur est relatif, car la compétence des États quant aux intérêts légitimes *per se* (A), ou quant aux autres intérêts susceptibles d'être invoqués (B) s'opère sous le contrôle de l'autorité administrative européenne.

A) Le contrôle de la Commission quant aux intérêts légitimes *per se*

445. La question du possible contrôle, ou plutôt de la possible vérification de l'adéquation entre la mesure nationale mettant en œuvre la compétence d'exception avec les intérêts légitimes *per se* invoqués s'est posée en jurisprudence. En effet, l'affaire des pouvoirs conférés par une disposition nationale espagnole à la Commission Nationale de l'Energie, quant à la possibilité d'autoriser ou non l'acquisition de certaines participations dans les entreprises exerçant certaines activités réglementées dans le secteur de l'énergie, ainsi que l'acquisition des actifs nécessaires à l'exercice de ces activités illustre bien cette problématique. Dans cette affaire, la Commission avait répondu favorablement au projet d'achat par *ENEL* et *Acciona* de la société espagnole *Endesa*. Faisant fi de cet avis favorable, la Commission Nationale de l'Energie avait assorti ladite opération à dix conditions. Suite à cette intervention, la Commission européenne avait enjoint aux autorités espagnoles de procéder au retrait des conditions imposées, au motif qu'en agissant de la sorte, et sans se référer à elle, le Royaume d'Espagne avait enfreint

⁵⁰⁷ Op. cit.

l'article 21 du règlement n° 139/2004⁵⁰⁸, et notamment les paragraphes 2 à 4 de cette disposition. Répondant à cette mise en demeure, le Royaume d'Espagne affirmait qu'il avait compétence exclusive quant à cette opération car les conditions posées par la Commission nationale de l'Energie s'appuyaient sur les raisons de sécurité publique au sens de l'article 21, § 4 du règlement n° 139/2004⁵⁰⁹. Ce faisant, ledit royaume affirmait que les conditions imposées étaient conformes au droit communautaire.

446. Saisit de cette affaire, le Tribunal, statuant en référé, décidait "(...) *qu'il est inévitable que la Commission examine si les mesures nationales concernées sont justifiées par l'un des intérêts prévus à l'article 21, paragraphe 4, deuxième alinéa, du règlement n° 139/2004 (...)*". Dans le cadre de ce contrôle "(...) *si, (...) elle [la Commission] constate que l'État membre a adopté les mesures en question pour assurer la protection d'un des intérêts légitimes énumérés audit alinéa, elle n'aura pas à pousser plus avant son examen et à vérifier si lesdites mesures sont justifiées au regard de tout autre intérêt public visé au troisième alinéa*"⁵¹⁰. Le Tribunal conclut donc qu'(...), *il y a lieu de constater que, à première vue, l'article 21, paragraphe 4, du règlement n° 139/2004 ne confie pas à l'État membre concerné le soin d'apprécier la question de savoir si des mesures nationales s'adressant aux parties à une concentration déclarée compatible avec le marché commun visent à protéger la sécurité publique, cette appréciation relevant au contraire de la compétence de la Commission*"⁵¹¹.

447. Au total, l'invocation par les États membres, des intérêts légitimes *per se* de l'article 21, § 4, du règlement n° 139/2004, s'opère sous le contrôle de la Commission, qui par ailleurs a aussi un droit de regard sur les autres intérêts publics susceptibles d'être invoqués. De ce point de vue, le règlement susvisé a pu poser des conditions de forme qui ont dû être précisées par la jurisprudence.

⁵⁰⁸ Op. cit.

⁵⁰⁹ Op. cit.

⁵¹⁰ TPICE, ordonnance du 30 avril 2008, aff. T-65/08 R, *Espagne c/ Commission*, Rec., p. II. 69, point 26.

⁵¹¹ TPICE, 30 avril 2008, aff. T-65/08 R, Ord., *Espagne c/ Commission*, préc., point 27.

B) Le contrôle de la Commission quant aux autres intérêts publics susceptibles d'être invoqués

448. En disposant que "*tout autre intérêt public doit être communiqué par l'État membre concerné à la Commission et reconnu par celle-ci après examen de sa compatibilité avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire avant que les mesures visées ci-dessus puissent être prises. (...)* ", l'article 21, § 4, alinéa 3 du règlement CE sur les concentrations, fixe un formalisme permettant à la Commission d'apprécier *ex ante* la compatibilité au droit de l'Union européenne des motifs qui fondent la compétence d'exception des États.

449. L'affaire⁵¹² de l'action spécifique de la République portugaise dans certaines entreprises anciennement publiques est significative de ce contrôle. Dans cette affaire, en application d'une loi-cadre sur les privatisations, le gouvernement portugais avait adopté un décret-loi instituant une procédure spéciale de suivi par l'État de l'évolution de l'actionnariat des entreprises en cours de privatisation. En vertu de l'article 1^{er} de ce décret-loi, l'acquisition avec droits de vote de plus de 10 % du capital social d'entreprises n'ayant pas encore été entièrement privatisées nécessitait une autorisation du Ministre des finances. Sur la base de cette habilitation, ledit Ministre avait refusé l'autorisation d'acquisition par deux sociétés de *Cimpor-Cimentos de Portugal SGPS, SA*⁵¹³, au motif que l'opération était incompatible avec les objectifs de la politique de privatisation.

450. La Commission auprès de qui l'opération de concentration avait été notifiée, ne manqua pas d'adresser à l'État portugais une lettre dans laquelle elle faisait mention du non respect par ledit État de l'obligation de l'informer de son intention de refuser une opération de

⁵¹² CJCE, 22 Juin 2004, aff. C-42/01, *Portugal c/ Commission*, Rec., I. 6079 ; Revue Europe n° 8, Août 2004, comm. n° 302, Laurence Idot. ; Contrat-Concurrence- Consommation, 2004, n° 161, p. 28, note Sylvaine Poillot-Peruzetto.

⁵¹³ Société de droit portugais anciennement publique et privatisée au début de l'année 1994, dans laquelle l'État portugais, possédait 12,7 % d'actions, dont 10 % correspondaient à des droits spéciaux.

concentration, ainsi que des intérêts qu'elle cherchait à protéger. Elle ajoutait que cette circonstance ne permettait pas d'apprécier la compatibilité des motifs d'intérêt public avec la législation communautaire.

451.Répondant à la Commission, l'État portugais prétendait que le refus opposé par le Ministre des finances était motivé par la nécessité de contrôler "*l'évolution des structures de l'actionnariat dans (l)es entreprises en cours de privatisation en vue de renforcer la capacité entrepreneuriale et l'efficacité de l'appareil productif national d'une manière compatible avec les orientations de la politique économique du Portugal*".

452.Insatisfaite par la réponse des autorités portugaises, la Commission rendait une décision dans laquelle elle constatait en substance que l'État portugais avait manqué à ses obligations procédurales, et que les intérêts allégués étaient en toute hypothèse incompatibles avec le droit communautaire. En conséquence de quoi, elle demanda aux autorités portugaises d'annuler la décision de refus.

453.Suite à cette décision, l'État portugais introduisait un recours en annulation, au motif que cette la Commission n'était pas compétente pour apprécier la compatibilité des intérêts publics par lui invoqués, dans la mesure où les motifs justifiant sa compétence d'exception n'avait pas à être communiqué conformément à la procédure instituée par le règlement CE sur le contrôle des concentrations⁵¹⁴. Cependant, la Cour, validant le raisonnement de la Commission, décida que "*pour que le contrôle des intérêts publics (...) soit efficace, il faut reconnaître [à la Commission] le pouvoir de se prononcer par voie de décision sur la compatibilité de ces intérêts avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire, que lesdits intérêts lui aient été communiqués ou non*"⁵¹⁵.

454.Si la protection des entreprises stratégiques au moyen de dispositifs nationaux de contrôle des investissements étrangers peut être conciliée avec le droit communautaire des concentrations, elle peut, lorsqu'elle s'appuie sur des prises de participations et sur l'octroi de droits exclusifs

⁵¹⁴ CJCE, 22 Juin 2004, aff. C-42/01, *Portugal c/ Commission*, préc., point 41.

⁵¹⁵ CJCE, 22 Juin 2004, aff. C-42/01, *Portugal c/ Commission*, préc., point 57.

ou spéciaux, l'être aussi avec le droit des aides d'Etat et les théories de l'abus automatique et des facilités essentielles.

Section II : La légalité des prises de participations effectuées par les fonds stratégiques et de l'octroi des droits exclusifs ou spéciaux

455. Les prises de participations effectuées dans le capital des entreprises stratégiques en vue de protéger ces dernières contre les prises de contrôle étranger peuvent tomber sous le coup de l'article 107 du TFUE - ex article 87 du TCE - qui prohibe les aides d'États aux entreprises. Pour mémoire, cette disposition pose quatre critères permettant de définir une aide d'État à savoir : l'affectation de la concurrence et des échanges, l'origine étatique de l'aide, son caractère sélectif, et l'avantage économique qu'elle procure. Si l'application de ces critères permet difficilement la validation des interventions des États, leur caractère cumulatif ouvre la voie à une possible conjonction. Il suffit donc qu'un critère ne soit pas rempli pour que les prises de participation des fonds stratégiques d'investissement ne tombent pas sous le coup de la prohibition des aides d'État. De ce point de vue, le critère de l'avantage économique attire l'attention. Il permet de faire peser sur les soutiens financiers étatiques, un soupçon d'intervention procurant un avantage auquel les États ne peuvent échapper qu'en démontrant qu'ils ont agi en "*investisseur privé en économie de marché*".

456. Sur un tout autre plan, les États, lorsqu'ils octroient de façon abusive des droits exclusifs ou spéciaux à des entreprises notamment stratégiques, peuvent se mettre en porte à faux avec les théories de l'abus automatique et des facilités essentielles développées sur la base des articles 106, § 1 et 102 du TFUE. Cependant, en disposant que "*les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la*

mission particulière qui leur a été impartie. (...)", le traité, en son article 102, §v2, prévoit la possibilité de justifier l'octroi abusif de droits exclusifs ou spéciaux, par la nécessité de permettre à certaines entreprises publiques ou d'utilité publique d'accomplir des missions d'intérêt économique général à elles confiées.

457.Au total, la compatibilité des prises de participations effectuées dans le capital des entreprises stratégiques nécessite que les États, à travers les fonds stratégiques d'investissements, agissent en investisseur privé (Paragraphe I). De plus, ces derniers peuvent justifier l'octroi abusif de droits exclusifs ou spéciaux par la nécessité de permettre aux entreprises bénéficiaires d'accomplir les missions de service public mises à leur charge (*Paragraphe II*).

Paragraphe 1 : L'"investisseur privé en économie de marché" comme critère de validation des prises de participations protectrices des fonds stratégiques d'investissement

458.Le critère de l'investisseur privé en économie de marché est une déclinaison du critère de l'opérateur économique privé en économie de marché⁵¹⁶. D'abord apparu dans les secteurs de la sidérurgie et de la construction navale, le critère de l'opérateur économique privé a été

⁵¹⁶ Sur ces critères, voir Georges Karydis "*Le principe de l'"opérateur économique privé", critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'Etat, au sens de l'article 87 § 1 du Traité CE*", RTDeur. 2003, p. 389. ; Frédérique BERROD "*Aides (Notion)*", op. cit. ; Laurence Idot, "*Critères de l'opérateur privé en économie de marché*" note sous Trib. UE, 3 mars 2010, aff. T-163/05, *Bundesverband deutscher Banken* et Trib. UE, 3 mars 2010, aff. T-36/06, *Bundesverband deutscher Banken*, Revue Europe, mai 2010 n° 5. ; Michaël Karpenschif, "*L'investisseur privé en économie de marché*", Revue des droits de la concurrence, n° 3, 2011. ; Lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté autres que les établissements financiers, JOUE n° C 249/1 du 31 juillet 2014.

expressément consacré par la Commission dans sa communication⁵¹⁷ de 1984 sur les participations des autorités publiques dans les capitaux des entreprises. Il a ensuite été repris dans de nombreux textes communautaires, et validé par la jurisprudence.

459. Pour bien cerner le critère de l'opérateur économique privé, il importe à titre liminaire d'en présenter la portée. Et de ce point de vue, le traité impose la non confusion de la fonction d'autorité publique avec celle de d'État entrepreneur. Cette obligation, notamment exprimée par l'article 107, § 1 du TFUE, interdit à l'État d'utiliser les ressources étatiques pour conférer à une entreprise un avantage concurrentiel que celle-ci ne pourrait obtenir dans des conditions normales de marché, ou de transformer les entreprises publiques en vecteur de distribution d'aides à d'autres entreprises.

460. Le critère de l'opérateur économique privé permet en outre de vérifier que l'État actionnaire, créancier ou contractant, obéisse aux règles de la concurrence et se comporte comme un agent économique agissant dans des conditions normales de marché, sans avancer d'autres considérations politico-sociales.

461. Un autre objectif du critère de l'opérateur économique privé est la préservation de l'égalité de traitement des opérateurs publics et privés. Le verrou de ce critère permet de ce point de vue, d'encadrer l'existence de relations financières étroites entre l'État et les entreprises publiques. En effet, les entreprises privées, qui n'ont pas les mêmes relations avec l'État, déterminent elles-mêmes leur stratégie industrielle et commerciale. Ce qui est souvent loin d'être le cas pour les entreprises publiques qui, du fait qu'elles sont souvent le vecteur d'objectifs autres que commerciaux, peuvent être favorisées par le biais de l'octroi d'avantages dont ne bénéficient pas les entreprises privées.

462. Il importe enfin de préciser que la vérification du respect du critère de l'opérateur économique privé implique au préalable la transparence des opérations économiques de l'État. La Cour, dans sa jurisprudence, a souligné le lien entre le principe de transparence et le principe

⁵¹⁷ Bulletin des CE 9-1984.

d'égalité de traitement. Le fait que les pouvoirs publics interviennent dans ce cadre à double titre, à savoir, d'une part en tant qu'actionnaire, et d'autre part en tant qu'autorités publiques, rend indispensable cette transparence, en vue surtout d'assurer le contrôle efficace opéré par les règles de la concurrence au travers du critère de l'opérateur économique privé.

463. Compte tenu de ce qui précède, force est de constater que pour cerner les différentes interventions étatiques financières, notamment protectrices, les institutions communautaires ont décliné le critère de l'opérateur économique privé en plusieurs variantes au compte desquelles on peut citer celui de l'investisseur privé en économie de marché. Ce critère trouve précisément à s'appliquer aux opérations en capital menées par l'État, et donc aux prises de participations que ce dernier peut effectuer dans le capital des entreprises stratégiques par le biais des fonds stratégiques d'investissement. Ainsi, révélateur de l'existence ou non de l'avantage économique anormal, ce critère qui est mis en œuvre par la Commission sous le contrôle de la Cour et du Tribunal (**A**), a permis aux Etats de mettre sur pieds des dispositifs pratiques de soutien aux entreprises stratégiques (**B**).

A) La mise en œuvre du critère de l'investisseur privé par les autorités de l'Union

464. Le critère de l'investisseur privé est principalement mis en œuvre par la Commission qui dispose à cet effet d'un large pouvoir d'appréciation. À ce sujet, le Tribunal a pu juger que "*(...) la Commission, lorsqu'elle adopte un acte impliquant une appréciation économique aussi complexe, jouit d'un large pouvoir d'appréciation (...) [et qu'] il [ne lui] appartient pas (...) de substituer son appréciation économique à celle de [la Commission] (...)*"⁵¹⁸. Force est cependant de constater que ce large pouvoir d'appréciation s'exerce sous le contrôle des institutions juridictionnelles européennes qui procèdent "*à la vérification du respect des règles*

⁵¹⁸ TPICE, 9 juillet 2008, aff. T-301/01, *Alitalia c/ Commission*, Rec., II. 1753, point 185.

de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits retenus pour opérer le choix contesté, de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation de ces faits ou de l'absence de détournement de pouvoir"⁵¹⁹.

465.Le critère de l'investisseur privé permet de vérifier que dans des circonstances idoines, un investisseur privé d'une taille comparable à celle de l'investisseur public, aurait réalisé le même investissement. Pour faire une telle vérification, la Commission part de l'hypothèse selon laquelle *"le comportement d'un investisseur privé dans une économie de marché est guidé par des perspectives de rentabilité"*⁵²⁰, pour ensuite valider l'intervention financière de

⁵¹⁹ TPICE, 9 juillet 2008, aff. T-301/01, *Alitalia c/ Commission*, préc., point 85.

⁵²⁰ TPICE, 12 décembre 2000, aff. T-297/97, *Alitalia c/ Commission*, Rec., II. 3871, point 84. Si la jurisprudence a pu confirmer cette approche, la question du temps du retour sur investissement se pose. En d'autres termes, la rentabilité doit-elle être à court, à moyen ou à long terme ? Répondant à cette interrogation, la jurisprudence considère qu'à la condition que l'État ne fasse pas abstraction de toute perspective de rentabilité, le comportement de l'investisseur privé auquel doit être comparée l'intervention économique de l'investisseur public poursuivant des objectifs de politique économique, n'est pas nécessairement celui d'un investisseur ordinaire plaçant ses capitaux en vue de leur rentabilisation à plus ou moins court terme - CJCE 21 mars 1991, aff. C-305/89, *Italie c/ Commission*, Rec., I.1603, point 20. ; CJCE, 14 septembre 1994, aff. jtes. C-278, C-279, C-280/92, *Espagne c/ Commission*, Rec., I. 4103, points 20-22. ; TPICE, 12 décembre 2000, aff. T-296/97, *Alitalia c/ Commission*, Rec., II. 3875, point 84. Dans cet ordre d'idées, le Tribunal a pu juger qu'un apport en capital pouvait être justifié par des considérations spécifiques qui sont propres à un holding privé ou à un groupe privé d'entreprises poursuivant une politique structurelle globale ou sectorielle guidée par *"des perspectives de rentabilité à plus long terme"* - TPICE 12 décembre 2000, *Alitalia c/ Commission*, préc., point 96. En ce sens, voir aussi Frédérique Berrod, *"Aides d'Etat (notion)"* op. cit. En phase avec cette position, la Cour considère qu'il suffit qu'un groupe, *"dans un contexte économique large"*, et *"dans le cadre d'une politique d'ensemble à long terme"*, n'ait pas *"pu escompter, fût-ce à long terme, une rentabilité acceptable des capitaux investis"* - CJCE 21 mars 1991, aff. C-305/89, *Alfa Romeo*, Rec., p I.1603, point 20. Si la question de la rentabilité à long terme a pu être discutée dans son principe, tel n'est pas le cas de la rentabilité à plus ou moins court terme. Celle-ci est établie lorsqu'un rendement pourrait être escompté dans un délai raisonnable. Pour établir une telle probabilité, la démarche de la Commission consiste à se demander si l'hypothèse d'un profit normal dans un délai raisonnable est plausible. Pour ce faire, elle va comparer *"(...) le montant de l'investissement (...) à la valeur des cash-flows futurs escomptés du projet actualisée au moyen du taux minimal qu'exigerait un investisseur privé"* - TPICE, 12 décembre 2000, aff. T-296/97, *Alitalia c/ Commission*, préc., point 98. Cette méthode amène à déterminer le *"taux minimal"* et le *"taux interne"* de l'investissement effectué, puis à les comparer. De ce dernier point de vue, l'intervention étatique sera conforme au critère de l'investisseur privé si le taux minimal est supérieur ou égal au taux interne de l'investissement. Le taux minimal est le taux qu'exigerait un investisseur agissant selon les lois du marché pour réaliser un investissement. La Commission a admis que la détermination d'un tel taux, si elle tient *"(...) compte de faits objectifs, ne repose néanmoins nullement sur un calcul mathématique précis mais relève d'une appréciation fondée sur l'expérience (...)"*. Cependant, elle ajoute qu'*"en dépit de ce caractère empirique, il est toutefois possible d'estimer la valeur du hurdle rate [taux minimal] avec une certaine précision car, face à une situation donnée, les établissements et les grands investisseurs financiers procèdent de manière empirique et aboutissent en général tous à des conclusions similaires"* - Comm. Décis. n° C(2001) 2349 du 18 juillet 2001 concernant la recapitalisation de la compagnie *Alitalia*, JOCE n° L 271/28 du 12 octobre 2001, point 24. Soutenue par les institutions juridictionnelles européennes, la Commission considère que l'établissement de ce taux exige un calcul prospectif intégrant la prime de risque exigée par l'investisseur privé pour assumer un engagement financier. Ce taux est donc directement proportionnel au risque inhérent à l'investissement - TPICE, 12 décembre 2000, aff. T-296/97, *Alitalia c/ Commission*, préc., point 166. Plus le risque est élevé, plus le taux minimal escompté est élevé et moins un investisseur avisé sera prêt à investir. Le calcul du taux minimal intègre aussi la structure, les perspectives et la situation du marché sur lequel opère la société bénéficiaire. En revanche, le taux de rendement interne est un taux d'actualisation qui égalise le montant de l'investissement réalisé avec celui des revenus qu'il va générer, à l'exemple des plus values acquises par la valeur de l'entreprise et des dividendes. Ce taux pondéré par la

l'État si, compte tenu de la situation financière - active et passive- de l'entreprise bénéficiaire, et de la rentabilité à terme de l'investissement, un investisseur privé prudent aurait procédé à l'apport de capitaux⁵²¹.

466. Il importe enfin de noter que les autorités de l'Union posent une présomption de respect du critère de l'investisseur privé, lorsque l'apport de capitaux sur fonds publics est concomitant à un apport significatif de capital effectué dans des conditions comparables par un investisseur privé⁵²².

467. C'est notamment sur ce schéma d'apport concomitant que se sont appuyés certains États membres, à l'instar de la France, pour mettre en place les fonds stratégiques d'investissement.

variable risque découlant notamment des coûts d'insolvabilité de l'entreprise bénéficiaire exprime "*la rentabilité fondamentale de l'opération*" - TPICE, 12 décembre 2000, aff. T-296/97, *Alitalia c/ Commission*, préc., point 166. Des deux définitions, Il apparaît que le risque associé à l'opération de recapitalisation est un paramètre primordial permettant de mesurer, tant le taux minimal, que le taux interne de l'investissement. Ce risque est logiquement important lorsque la société traverse des difficultés financières. C'est précisément sur la question de l'évaluation du risque lorsque la société en difficulté fait l'objet d'un plan de restructuration que certains États se sont opposés à la Commission. Pour exemple, dans une décision de 1997 - Décis. Comm. n° 97/789/CE du 15 juillet 1997, JO L 322, p. 44, - la Commission avait autorisé la recapitalisation d'*Alitalia* par une société financière d'État - l'*IRI*-, par ailleurs actionnaire de la compagnie aérienne. Cette injection de capital s'inscrivait dans un plan de restructuration comprenant une phase d'assainissement visant à réduire les coûts d'exploitation et à ramener à un niveau raisonnable le ratio "*endettement sur fonds propres*", et une phase de développement visant à rendre *Alitalia* plus compétitive. La Commission avait autorisé sous conditions l'injection échelonnée de capital. Insatisfaite des conditions imposées, *Alitalia* avait attiré l'institution de l'Union devant le Tribunal au motif notamment que cette dernière avait fait une application erronée du critère de l'investisseur privé en économie de marché. Était précisément reproché à la Commission le fait de n'avoir pas tenu dûment compte du plan de restructuration dans le calcul du taux minimal et du taux interne. Or, dans sa décision, la Commission, sans tirer les conséquences qui s'imposaient, avait pu constater que les dernières améliorations apportées au plan de restructuration en juin 1997 réduisaient les risques et accroissaient la rentabilité de l'injection de capital. Le Tribunal fit droit à la demande d'*Alitalia* en décidant que "*(...) la Commission aurait dû réévaluer le taux minimal et le taux interne sur la base de la dernière version du plan de restructuration pour pouvoir apprécier correctement si l'investissement de l'IRI satisfaisait au critère de l'investisseur privé*" - TPICE, 12 décembre 2000, aff. T-296/97, *Alitalia c/ Commission*, préc., point 168 -. Suite à cet arrêt, la Commission adopta une nouvelle décision - n° C(2001) 2349 du 18 juillet 2001- dans laquelle elle recalculait dans une démarche pédagogique le taux minimal et le taux interne en tenant dûment compte du plan de restructuration. Cependant, si dans les deux cas elle aboutissait à la même solution, la seconde décision avait le mérite, non seulement de corriger l'erreur manifeste, mais de montrer l'importance d'un plan de restructuration dans la validation des soutiens financiers étatiques aux entreprises traversant des difficultés structurelles.

⁵²¹CJCE, 21 mars 1991, aff. C-303/88, *Italie c/Commission*, Rec., I. 1433. En excluant toutefois cette présomption lorsque la prise de participation concomitante est le fait des salariés. Ceux-ci étant davantage inspirés par des considérations de maintien de l'emploi, et partant de viabilité de l'entreprise, plutôt que par des perspectives de rentabilité - TPICE, 12 décembre 2000, aff. T-296/97, *Alitalia c/ Commission*, préc., point 84.

⁵²²TPI 12 décembre 1996, aff. T-358/94, *Air France c/ Commission*, Rec. p. II. 2109, points 148 et 149.

B) Fonds stratégiques d'investissement et critère de l'investisseur privé : cas de la *BPI France investissement*

468.La nécessité de prendre des participations dans le capital des entreprises stratégiques menacées de passage sous pavillon étranger a conduit la France à créer le *FSI* en décembre 2008. Dans le but de se mettre en adéquation avec le critère de l'investisseur privé, le document afférent aux orientations stratégiques de cet organisme précisait que les investissements par lui effectués, le seraient vers des projets rentables se rapportant à des "(...) *entreprises porteuses d'un projet stratégique convaincant au regard du monde concurrentiel, traduit dans un plan d'affaires porteur de création de valeur*"⁵²³. L'exigence de rentabilité préalable à toute intervention amenait en outre le *FSI* à rechercher "(...) *un rendement (...) par projet conforme aux exigences des investisseurs de marché sur des projets de nature similaire (en termes de classe d'actifs, d'horizon d'investissement et de structuration financière)* »⁵²⁴. On pouvant en outre lire dans ce même document que le *FSI* avait vocation à ne prendre que des participations minoritaires⁵²⁵. Or, que pourrait être la motivation de tels investissements si ce n'était l'objectif de rentabilité, puisqu'à l'évidence une prise de participation minoritaire ne permet en principe pas d'avoir une influence certaine ouvrant la voie à la poursuite des objectifs de politique économique ou sociale. Dans cet ordre d'idées, un Auteur⁵²⁶, faisant référence à un article de *G.B.Abbamonte*⁵²⁷ portant sur certaines décisions de la Commission, relève que la les institutions de l'Union semblent plus intransigeantes lorsque l'État cherche à

⁵²³ Orientations stratégiques du *FSI*, paragraphe 2-1.

⁵²⁴ Orientations stratégiques du *FSI*, paragraphe 2-1.

⁵²⁵ Orientations stratégiques du *FSI*, paragraphe 2-3.

⁵²⁶ Georges Karydis, "*Le principe de l'opérateur économique privé*", *critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'Etat, au sens de l'article 87 § 1 du Traité CE*", op. cit.

⁵²⁷ G. B. Abbamonte, "*Market economy investor principle: A legal analysis of an economic problem*", *European Competition Law Review (ECLR)*, 1996 (4), p. 258-259.

acquérir une participation majoritaire⁵²⁸ au capital d'une société, que lorsque l'opération se rapporte à une prise de participation minoritaire, qui en principe, devrait être raisonnablement guidée par des considérations de profitabilité à court terme.

469. Toujours selon ces orientations stratégiques, le *FSI* avait vocation à intervenir en investisseur avisé et soucieux de préserver ses intérêts patrimoniaux. À ce titre, il s'impliquait dans la gouvernance des entreprises dont il détenait une participation en exerçant sa liberté de vote aux Assemblées Générales, en participant au Conseil d'Administration, ou encore en entrant dans des pacte d'actionnaires intégrant des accords sur les orientations stratégiques de l'entreprise⁵²⁹.

470. Enfin, se mettant en phase avec la présomption de conformité au critère de l'investisseur privé lorsque l'apport Etatique est concomitant à l'apport d'un investissent privé agissant dans des conditions comparables, le *FSI* avait pour principe de recourir au *co-investissement*⁵³⁰.

471. Ces principes guidant les interventions du *FSI* ont été quelque peu repris pas son héritière: la *BPI France investissement*. On peut ainsi lire dans le document afférent à la doctrine d'investissement de cette nouvelle entité que:

- *"Bpifrance Investissement intervient en vue de créer, via des prises de participation minoritaires, un effet d'entraînement de l'investissement privé par l'investissement public. Qu'elle investisse ses ressources propres ou celles d'autres souscripteurs – publics ou privés – dont elle a la gestion, Bpifrance Investissement recherche systématiquement des co-investisseurs privés auxquels elle laisse la majorité des parts, afin de stimuler le marché de l'investissement ;*
- *Bpifrance Investissement est un investisseur avisé opérant aux conditions de marché. Lorsqu'elle co-investit, Bpifrance Investissement intervient selon les mêmes dispositions financières et juridiques que les co-investisseurs (pari passu). Dans la mesure du possible,*

⁵²⁸ Qui pourrait être guidée par des considérations stratégiques.

⁵²⁹ Orientation stratégiques du *FSI*, paragraphes 2-6.

⁵³⁰ Orientation stratégiques du Fonds Stratégique d'Investissement, paragraphe 4.

elle siège aux conseils d'administration des participations de son portefeuille et aux comités consultatifs et stratégiques des fonds partenaires ;(...)"⁵³¹

472. Toute autre possible conjonction entre le droit de l'Union européenne et le patriotisme économique, est celle ouvrant la possibilité aux États de justifier l'octroi abusif des droits exclusifs ou spéciaux par la nécessité de permettre l'accomplissement des missions de service public.

Paragraphe 2 : La légalité de l'octroi abusif de droits exclusifs ou spéciaux

473. Si le droit de l'Union, sous les visages des théories de l'abus automatique et des facilités essentielles, prohibe l'octroi abusif de droits exclusifs ou spéciaux, il permet néanmoins aux États de protéger, et donc de renforcer la position concurrentielle de certaines entreprises stratégiques - publiques ou privées - chargées de l'accomplissement d'une mission de service public. À ce sujet, prenant en compte la nécessité d'offrir certains services d'intérêt général adéquats et accessibles à tous, le traité a pu ouvrir la faculté aux États d'imposer à certaines entreprises des obligations de service d'intérêt général. Or, de telles contraintes - à l'exemple de la desserte de l'ensemble d'un territoire à un prix raisonnable - n'obéissent pas toujours à la logique de rentabilité économique, et sont aptes à défavoriser les entreprises chargées de les assumer. Ainsi, sensible à la situation particulière de telles entreprises, le droit de l'Union européenne a pu admettre la validité des mesures leur octroyant, même abusivement, des droits exclusifs ou spéciaux.

474. Ce tempérament est régi par l'article 106, § 2 du TFUE qui dispose que "*les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère*

⁵³¹ file:///C:/Users/Simen/Downloads/DoctrineBpifranceavril2014%20(1).pdf, pp. 6-7.

d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union". Selon cette disposition, l'octroi abusif de droits exclusifs ou spéciaux ne sera validé que si trois conditions sont respectées à savoir que:

- l'entreprise bénéficiant du droit exclusif ou les entreprises bénéficiant de droits spéciaux soient chargées de la gestion d'une mission d'intérêt économique général;
- l'application des règles de la concurrence ne fasse pas échec en droit ou en fait à la dite mission;
- le développement des échanges ne soit pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.

475. Rapporté à notre sujet, la troisième condition attire l'attention, car l'effet cloisonnant précédemment démontré, découlant du caractère abusif des mesures nationales octroyant des droits exclusifs ou spéciaux, rend difficile la démonstration de l'absence d'effets sur le développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union. Un tel constat, notamment conforté par une sorte de présomption révélée par la mise en œuvre de la condition de l'affectation des échanges par la Commission (**A**), est néanmoins tempéré par certaines clarifications apportées par la cour (**B**).

A) La condition d'affectation des échanges: une présomption fragilisant la tolérance de l'effet cloisonnant des mesures nationales octroyant abusivement les droits exclusifs ou spéciaux

476.L'article 106, § 2 seconde phrase du TFUE, exige qu'il soit démontré, pour justifier l'octroi abusif de droits exclusifs ou spéciaux, qu'une telle intervention n'affecte pas le développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union. La Commission et la Jurisprudence ont longtemps été très peu prolixes quant à cette Condition. Pour exemple, dans certaines décisions, la Commission n'y faisait référence que de façon laconique⁵³², se contentant de rappeler les termes de l'article 106, §2 seconde phrase du TFUE. Dans d'autres, l'institution européenne constatait la non proportionnalité de la mesure en cause et posait sans toute autre analyse, une sorte de présomption d'affectation des échanges dans une mesure contraire aux intérêts de l'Union⁵³³. Cette position pouvait laisser à penser que la condition relative à l'affectation des échanges n'avait pas de portée autonome, et devait s'analyser par rapport aux autres exigences afférentes à l'admission de l'octroi abusif de droits exclusifs ou spéciaux. Une telle démarche semblait rendre difficile la tolérance d'un tel octroi, notamment effectué dans un but protecteur, car son effet cloisonnant, et partant son aptitude à limiter le développement des échanges, allait de soi. Cette présomption a été néanmoins tempérée par la Cour.

⁵³² Décis. Comm n° 76/684 du 26 juillet 1976, JOCE n° L 231 du 21 Aout 1976 , *Pabst et Richarz*, Partie IV.

⁵³³ Décis. Comm n° 82/371 du 17 décembre 1981, JOCE n° L 167 du 15 juillet1982, *Navewa/Anseau*, point 66.

B) La condition d'affectation des échanges: une clarification jurisprudentielle potentiellement profitable à la tolérance de l'effet cloisonnant des mesures nationales octroyant abusivement les droits exclusifs ou spéciaux

477.Dans son arrêt *EDF/GDF*⁵³⁴, la Cour a battu en brèche cette présomption en affirmant le caractère autonome la condition d'affectation des échanges. Dans cette affaire, la Cour avait à titre liminaire jugé que la mesure étatique consistant à octroyer à *EDF* et *GDF* des droits exclusifs d'importation et d'exportation pour la fourniture d'électricité et de gaz était contraire à l'article 37 du TFUE⁵³⁵. Au titre des possibles justifications à de tels droits, la Commission soutenait que l'article 102, §2 du TFUE, ne pouvait être invoqué pour justifier des mesures étatiques incompatibles avec les règles du traité relatives à la libre circulation des marchandises⁵³⁶. Répondant à cet argument, la Cour relava que l'article 106, §1 du TFUE visait à éviter qu'un État membre ne contourne les interdictions fixées par les autres règles du traité⁵³⁷. Elle ajouta qu'il résultait de la combinaison des paragraphes 1 et 2 de l'article 106, que le paragraphe 2 pouvait être invoqué pour justifier une mesure violant l'article 37 du TFUE⁵³⁸.

478.Fort de ces précisions, amenée à se prononcer sur la question de l'affectation des échanges, la Cour conclut que la Commission n'avait pas démontré que les droits exclusifs incriminés

⁵³⁴ CJCE 23 octobre 1997, aff. C-159/94, *Commission c/ France*, préc.

⁵³⁵ Selon cette disposition" 1. *Les États membres aménagent les monopoles nationaux présentant un caractère commercial, de telle façon que soit assurée, dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés, l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des États membres.*

Les dispositions du présent article s'appliquent à tout organisme par lequel un État membre, de jure ou de facto, contrôle, dirige ou influence sensiblement, directement ou indirectement, les importations ou les exportations entre les États membres. Ces dispositions s'appliquent également aux monopoles d'État délégués.

2. *Les États membres s'abstiennent de toute mesure nouvelle contraire aux principes énoncés au paragraphe 1 ou qui restreint la portée des articles relatifs à l'interdiction des droits de douane et des restrictions quantitatives entre les États membres.*

3. *Dans le cas d'un monopole à caractère commercial comportant une réglementation destinée à faciliter l'écoulement ou la valorisation de produits agricoles, il convient d'assurer, dans l'application des règles du présent article, des garanties équivalentes pour l'emploi et le niveau de vie des producteurs intéressés".*

⁵³⁶ CJCE 23 octobre 1997, aff. C-159/94, *Commission c/ France*, précité, point 43.

⁵³⁷ CJCE 23 octobre 1997, aff. C-159/94, *Commission c/ France*, précité point 47.

⁵³⁸ CJCE 23 octobre 1997, aff. C-159/94, *Commission c/ France*, précité point 49.

affectaient les échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union au sens de l'article 106, § 2 seconde phrase du TFUE. Cette affirmation était d'autant plus profitable à l'État français, et donc tolérante vis à vis de l'effet cloisonnant de la mesure par elle instituée, que l'institution juridictionnelle européenne a accueilli favorablement les arguments du gouvernement français visant à le [l'effet cloisonnant] minimiser. En effet, la Cour a pu s'appuyer sur les démonstrations relatives à l'apport du secteur français sur le développement des échanges, et aux données statistiques fournies par la France sur le volume des échanges entre États membres, et entre les réseaux à haute tension - électricité - ou pression -gaz. Selon la Cour, la Commission n'aurait pas dû se borner à affirmer que l'abolition des droits exclusifs d'importation et d'exportation aurait eu pour effet de favoriser le développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union. Elle aurait dû préciser quel était l'intérêt de l'Union à abolir les droits exclusifs ou spéciaux.

CONCLUSION DE CHAPITRE

479. Si l'analyse de la légalité des dispositifs de contrôle des investissements étrangers au regard du droit de la concurrence révèle que les États gardent une certaine marge de manœuvre quant au contrôle de certaines opérations de concentrations de dimension communautaire, elle montre aussi qu'une telle habilitation est mise en œuvre sous le contrôle de la Commission.

480. L'admission de l'octroi abusif de droits exclusifs et spéciaux a pu être un temps problématique compte tenu de la démarche de la Commission visant à poser une sorte de présomption d'affectation des échanges quant aux mesures nationales octroyant de tels droits. Mais la clarification de la Cour visant à exiger de la Commission qu'elle fasse la démonstration de l'affectation des échanges, semble favorable à la justification des mesures nationales octroyant abusivement des droits exclusifs ou spéciaux, qui à l'évidence ont un effet cloisonnant.

481. Dans le même sens, le droit des aides d'État laisse une certaine liberté aux États de défendre leurs entreprises stratégiques financièrement fébriles, car le caractère cumulatif des critères de l'aide, ouvre la faculté à ces derniers d'éviter toute qualification d'aides d'État aux prises de participations faites par les fonds stratégiques d'investissement, en se comportant en investisseur privé en économie de marché.

482. Ces circonstances montrent que tout comme les règles afférentes à la libre circulation des capitaux, les principes de la libre concurrence laissent une certaine marge de manœuvre aux États.

CONCLUSION DE SECOND TITRE

483.L'étude des conjonctions entre le patriotisme économique et le droit de l'Union européenne atteste que les États, dans le but de protéger leurs fleurons nationaux, peuvent instituer des dispositifs de contrôle des investissements étrangers, ou encore créer des fonds stratégiques pour éventuellement prendre des participations dans le capital des entreprises stratégiques menacées de passage sous pavillon étranger, ou enfin octroyer à ces dernières des droits exclusifs ou spéciaux dans le but de renforcer leur position concurrentielle.

484.Cependant, ces facultés doivent être en adéquation avec les dérogations aux principes de la libre circulation et de la libre concurrence. En effet, en consacrant les principes précités, le traité et la jurisprudence permettent d'y déroger en invoquant certains motifs. Mais, ces dérogations sont strictement mises en œuvre par les autorités de l'Union. Pour exemple, pour être accueillies favorablement, les justifications au caractère restrictif des dispositifs de contrôle des investissements étrangers doivent passer les tests de nécessité et d'adéquation, lesquels sont strictement appliqués par les autorités européennes, ce qui rend difficile l'accueil favorable de tels dispositifs. De ce point de vue, l'étude des décisions rendues par la Cour montre que seule l'action spécifique instituée par le Royaume de Belgique dans *SNTC* et *Distrigaz* a pu passer ces tests.

485.La difficulté pour les États d'admettre leurs dispositifs de contrôle des investissements étrangers est d'autant plus importante qu'ils sont justiciables du principe de la libre concurrence. En effet, s'il a été démontré qu'en contrôlant les investissements étrangers les États peuvent contrarier la compétence de la Commission en matière de contrôle des concentrations, une telle contrariété n'existe pas lorsque certains motifs sont invoqués. Mais, une telle faculté n'est permise que sous le contrôle de la Commission.

486.Dans le même sens, les États peuvent octroyer des droits exclusifs ou spéciaux à des entreprises stratégiques pour conforter leur position concurrentielle, mais à la condition que

l'entreprise bénéficiaire soit chargée de la gestion d'une mission d'intérêt économique général, ce qui limite le potentiel protecteur d'un tel outil. Ils peuvent tout aussi bien créer des fonds stratégiques pour stabiliser l'actionnariat des entreprises stratégiques et éviter que ces dernières ne soient acquises par des entités étrangères, mais là encore, le droit de l'Union exige que les États se comportent en investisseurs privés en économie de marché.

487. De telles circonstances montrent que si les pouvoirs publics ont une marge de manœuvre, celle-ci est assujettie à un formalisme qui la rend quelque peu illusoire.

CONCLUSION DE PARTIE

488. Pour protéger leurs entreprises stratégiques, les États ne peuvent que strictement s'appuyer sur des outils tels les dispositions nationales règlementant les relations financières avec l'étranger, ou instituant des actions spécifiques leur conférant des pouvoirs spéciaux. Ils ne peuvent davantage pas, en toute liberté, prendre au travers des fonds stratégiques d'investissement, des participations dans le capital des entreprises stratégiques, aux fins de sécuriser leur capital et d'éviter que celles-ci ne passent sous pavillon étranger. Est toute aussi délicate, l'élimination de toute concurrence au moyen de l'octroi aux entreprises stratégiques de droits exclusifs ou spéciaux. Ces outils peuvent en effet être contraires aux principes de la libre circulation et de la libre concurrence.

489. Ces risques de contrariétés ne sont cependant absolus. En effet, les principes de la libre circulation et de la libre concurrence souffrent de tempéraments s'analysant en conjonctions entre le patriotisme économique et le droit de l'Union européenne.

490. S'il est indéniable que le dispositif mis en place par le droit de l'Union a pour effet de réduire considérablement la marge de manœuvre des États, cette réduction est contestée par ceux-ci. En effet, contraints de faire face à des difficultés économiques sans cesse grandissantes, ces derniers doivent répondre à des enjeux tels que notamment la pérennisation de la sécurité nationale, la continuité de la vie nationale, la réalisation des objectifs de politique nationale.

491. S'agissant de ce dernier dessein, les développements précédents ont montré que si les autorités européennes ont pu admettre dans leur principe les mesures nationales poursuivant des objectifs non économiques de politique nationale, tel n'est pas le cas de celles adossées à des objectifs de nature économique.

492. Quand bien même ces autorités accueillent favorablement les objectifs non économiques de

politique nationale, les tests de nécessité et de proportionnalité apparaissent comme un obstacle à la justification des mesures nationales restrictives, ou plutôt protectrices des intérêts stratégiques des États. Or, ces objectifs intègrent notamment la protection de l'emploi, qui à n'en point douter est un enjeu crucial dans l'Union européenne, car aujourd'hui, de la pérennisation de celui-ci [l'emploi], dépend le constat de l'aptitude des dirigeants politiques à gouverner et à faire face aux défis de la mondialisation.

493. Les autorités de l'Union prennent-elles la mesure de ces enjeux? Il est permis d'en douter.

Une telle démarche n'est dès lors pas sans risque pour la construction de l'Union, car elle engendre les replis nationaux. En effet, l'actualité nous montre que les gouvernements des États membres n'ont de cesse de brandir la carte du patriotisme économique. Pour exemple, on a vu récemment le gouvernement français évoquer la possibilité de nationaliser une unité de production aux fins d'éviter que celle-ci ne soit délocalisée⁵³⁹, ou encore ce même gouvernement, se mettre en porte à faux avec le droit de l'Union, en étendant à certains secteurs, le régime d'autorisation préalable relatif aux investissements en provenance des pays tiers.

494. Si la compatibilité de tels agissements peut être discutée au regard du droit des aides d'État, ou encore des principes de la libre circulation, leur évocation amène à s'interroger sur la capacité du droit l'Union européenne à contenir les patriotismes économiques nationaux. En effet, en répondant au patriotisme économique uniquement par les principes mis en place pour réaliser le marché intérieur, les autorités européennes adoptent-elles la bonne approche? Ce questionnement en appelle un autre : les États, lorsqu'ils veulent défendre leurs entreprises stratégiques, ne peuvent-ils le faire que dans les limites tracées par les conjonctions entre le patriotisme économique et le droit de l'Union européenne? À l'évidence non, les lignes qui vont suivre démontrent qu'il existe des mécanismes de protection des entreprises qui débordent le cadre de ces conjonctions. Un tel état de fait, assurément préjudiciable à la réalisation du

⁵³⁹ Face au risque de fermeture du site sidérurgique de Florange en 2012, Le gouvernement français avait un temps envisagé de le nationaliser. Le Monde.fr du 30 novembre 2012.

marché intérieur, dicte dès lors une redéfinition de l'encadrement du patriotisme économique.

**PARTIE II : PATRIOTISME ÉCONOMIQUE ET DROIT
DE L'UNION EUROPÉENNE: UN ENCADREMENT À
REDÉFINIR?**

495.Dans le but de protéger certaines entreprises d'importance stratégique, et notamment de renforcer leur position concurrentielle, certains Etats n'hésitent pas leur conférer des droits spécifiques et spéciaux aux fins de renforcer leur position concurrentielle. De plus, si l'ouverture à la concurrence des secteurs monopolistiques, doublée notamment de la nécessité de rendre davantage performante les entreprises publiques, a dicté la privatisation de certaines entreprises, ce mouvement s'est accompagné de l'institution d'actions spécifiques permettant aux États, devenus notamment minoritaires, de garder un contrôle sur ces entreprises et de protéger par voie de conséquence certains intérêts jugés stratégiques. Répondant à ces mécanismes, le droit de l'Union européenne a pu adopter une certaine sévérité en faisant valoir les théories de l'abus automatique et des facilités essentielles⁵⁴⁰, les principes de la libre circulation - libre circulation des capitaux et droit d'établissement -, ainsi que ceux gouvernant le contrôle des concentrations de taille communautaire.

496.Sur un tout autre plan, la crise économique, la nécessité de pérennisation de l'emploi, les impératifs de préservation des savoirs faire nationaux, ont fait naître d'autres facettes du patriotisme économique. En témoigne la création des fonds stratégiques d'investissement, dans le but de sécuriser le capital des entreprises stratégiques menacées de passage sous pavillon étranger. Répondant à cette forme de patriotisme, le droit de l'Union a fait valoir l'article 107 du TFUE qui prohibe l'octroi d'aides d'État aux entreprises.

497.Ainsi présenté, le droit de l'Union européenne adopte un systématisme consistant à opposer au patriotisme économique, les principes de la libre circulation et de la libre concurrence. Mais, l'observation de la réalité des actions de défense des entreprises stratégiques montre que, compte tenu des difficultés économiques que connaissent tous les États membres de l'Union européenne, le patriotisme économique n'a jamais été autant d'actualité. Pour exemple, il ne

⁵⁴⁰ Développées sur la base des articles 106 et 102 du TFUE.

ne passe pas un jour sans que les autorités publiques nationales, face au phénomène de délocalisation des entreprises, souvent consécutifs à une prise de contrôle étranger, ne brandissent la carte du patriotisme économique. Le récent décret⁵⁴¹ français élargissant les secteurs devant être soumis à la procédure d'autorisation préalable quant aux investissements étrangers en est l'illustration. Ce constat amène alors à s'interroger sur la capacité des principes de la libre concurrence et de la libre circulation - qui à l'origine ont été consacrés pour les besoins de la réalisation du marché intérieur - à enrayer le phénomène patriotique.

498. À cette interrogation, on ne peut que répondre par la négative compte tenu du regain d'intérêt que suscite cette pratique. Dès lors, si les libertés fondamentales ont été conçues pour faire de l'Union européenne un espace économiquement intégré, le risque est grand que les patriotismes économiques nationaux ne concourent à un cloisonnement des marchés nationaux, portant ainsi un coup à la construction européenne. Ce risque de désintégration impose alors de rechercher les limites juridiques afférentes au systématisme opposé par les autorités européennes aux actions des États visant à défendre leurs entreprises stratégiques (*Titre I*). De la réalité et de l'importance de ces dernières, dépendra la pertinence de l'idée visant à promouvoir le dépassement de l'approche actuelle, vers une démarche dynamique et conquérante, s'appuyant sur des outils protecteurs définis au niveau européen, et agrégés à un concept cohérent à savoir le patriotisme économique européen (*Titre II*).

⁵⁴¹ Décret n° 2014-479 du 14 mai 2014 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable, JORF n°0112 du 15 mai 2014, p. 8062.

Titre I : Les limites à l'opposition systématique aux patriotismes économiques nationaux

499. Il est possible de soulever plusieurs griefs à l'encontre de la démarche consistant à opposer aux patriotismes économiques nationaux, les principes de la libre circulation et de la libre concurrence.

500. Tout d'abord, cette approche brille par une certaine inefficacité sur le plan procédural. Force est en effet de constater que la justice européenne peine à faire respecter les décisions qu'elle rend. Certains États n'hésitent dès lors pas à tirer profit de cette difficulté pour réorienter la protection de leurs entreprises stratégiques, et trouver des alternatives aux outils de protection rejetés par la justice européenne. Le retrait tardif par les États, de certaines dispositions nationales instituant les actions spécifiques, par ailleurs sanctionnées par la justice européenne et la difficile récupération des aides d'État déclarées incompatibles, sont significatifs de cette difficulté.

501. Sur un tout autre plan, la question que l'on peut se poser quant aux limites de cette démarche, est celle de savoir si les réponses juridiques apportées par le droit de l'Union européenne ne laissent pas en réalité une marge de manœuvre certaine à l'État. À ce sujet, l'encadrement de la figure de l'État actionnaire est riche d'enseignements. En effet, si le droit de la concurrence, et plus particulièrement le droit des aides d'État, à travers le critère de l'investisseur privé en économie de marché, a pu apporter une réponse cohérente aux interventions économiques de l'État en tant qu'actionnaire, tel n'est pas le cas des autres règles du traité, et notamment celles afférentes à la libre circulation. Force est en effet de constater que l'État actionnaire bénéficie d'un statut qui lui offre bien des possibilités quant à la défense d'une entreprise stratégique. Ce statut d'exception se vérifie notamment dans les procédés d'acquisition et de cession de participations. De ce point de vue, à côté des procédés de droit commun⁵⁴², l'État bénéficie de l'arme de la nationalisation. Définie comme le transfert à l'État de la propriété privée, cette

⁵⁴² Achat d'action, souscription à une augmentation de capital en numéraire, apport partiel d'actif, transformation de créances en actions...

technique peut théoriquement permettre à ce dernier de prendre le contrôle d'une entreprise stratégique menacée de passage sous pavillon étranger.

502. Dans le même ordre d'idées, pour garder une influence sur une entreprise stratégique, l'État peut théoriquement choisir de garder la propriété publique de cette dernière.

503. Si ces deux techniques ne sont pas en soi contredites par le droit de l'Union européenne, et notamment par l'article 346 alinéa 1 du TFUE qui dispose que "*les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres*", l'opportunité d'y recourir comporte cependant des limites factuelles et juridiques. S'agissant des limites juridiques, force est de constater que la liberté d'un État quant à la possibilité de nationaliser une entreprise se trouve réduite par le droit des aides d'États. En effet, pour qu'une telle opération soit conforme au droit européen, il faut que l'État se comporte en investisseur privé en économie de marché, en ce qui concerne notamment le prix d'acquisition de l'entreprise. Cette contrainte, qui semble résolument cantonner la marge de manœuvre des États aux entreprises viables, est doublée d'une contrainte factuelle à savoir : leur étroite marge de manœuvre en matière budgétaire. Les États ne disposent en effet plus de ressources financières suffisantes, pour acquérir au juste prix une entreprise notamment stratégique menacée de passage sous pavillon étranger⁵⁴³, ou par exemple, pour assumer l'éventuel passif d'une entreprise publique mal gérée⁵⁴⁴. De ce dernier point de vue, la privatisation des entreprises apparaît au contraire comme un levier permettant de réduire les déficits budgétaires. L'État fédéral allemand ne s'y est pas trompé. En effet, dans le but de parvenir à l'équilibre budgétaire d'ici 2016, cet État s'est résolument engagé dans une réflexion visant à se délester de son portefeuille de participations⁵⁴⁵. Tout comme l'Allemagne, la France entend s'engager dans cette dynamique. En effet, la volonté de redressement des comptes publics a conduit le gouvernement français à annoncer le 1^{er} octobre

⁵⁴³ Cas de la nationalisation.

⁵⁴⁴ Cas de du maintien de la propriété publique.

⁵⁴⁵ La Tribune.fr du 26 décembre 2012.

2014, son désir de procéder à des cessions d'actifs publics en 2015⁵⁴⁶.

504. Ces précisions faites, si les facultés précédemment décrites ne posent pas de difficultés théoriques particulières, parce que mettant notamment en jeu l'État agissant en tant que puissance publique⁵⁴⁷ ou en tant qu'actionnaire unique ou majoritaire⁵⁴⁸, la véritable problématique quant à la défense des entreprises stratégiques en dehors des conjonctions entre le patriotisme économique et le droit de l'Union européenne, est celle relative à la possibilité pour l'État de défendre une entreprise à capitaux publics minoritaires ou à capitaux privés. Il est possible en effet de se demander, si compte tenu de l'absence d'emprise sur une entreprise stratégique à capitaux exclusivement privés, ou du peu de pouvoirs que lui confèrent sa participation dans une entreprise à capitaux publics minoritaires, l'État peut brandir la carte du patriotisme économique et éviter toute tentative de prise de contrôle?

505. A cette interrogation, la réalité théorique et factuelle conduit à répondre par l'affirmative. En effet, force est de constater qu'en dehors des limites tracées par les conjonctions entre le patriotisme économique et le droit de l'Union européenne, l'Etat peut théoriquement s'appuyer sur le droit des sociétés pour augmenter ses prérogatives dans une entreprise, et ainsi stabiliser son actionnariat, ou contrôler sa gestion, aux fins de la défendre contre toute tentative étrangère de prise de contrôle (*Chapitre I*). Cette faculté est d'autant plus pertinente qu'elle a été mise en œuvre par la France, l'Allemagne et l'Espagne. En effet, le droit des sociétés a permis à ces États d'intégrer certaines activités sensibles et stratégiques au sein d'une entité à dimension européenne - EADS, devenu Airbus Group -, et de protéger cette dernière contre toute tentative de prise de contrôle (*Chapitre II*).

⁵⁴⁶ http://lexpansion.lexpress.fr/actualite-economique/dix-chiffres-pour-comprendre-le-budget-2015_1603545.html

⁵⁴⁷ Cas de la nationalisation.

⁵⁴⁸ Cas du maintien du statut public de l'entreprise.

Chapitre I : Le renforcement des prérogatives de l'État au moyen du droit des sociétés

506.À des degrés divers, certains États de l'Union européenne se sont appuyés sur leur qualité d'actionnaire pour mener une politique interventionniste. Cette démarche qui traduisait le souci pour ces derniers de satisfaire notamment les impératifs d'intérêt général, a progressivement été remplacée par une approche patrimoniale adossée à une logique de rentabilité.

507.En France par exemple, c'est avec les privatisations de 1986 et 1993 que l'État a commencé à envisager la gestion de son portefeuille de participations sous un angle patrimonial. Mais, ce n'est qu'après la crise du Crédit Lyonnais, que le virage a été véritablement pris. Cette logique patrimoniale, qui s'est notamment traduite par la création en 2004, de l'Agence pour les Participations de l'État, a quelque peu été battue en brèche avec l'avènement du patriotisme économique. En effet, la crise économique et ses conséquences en terme de chômage, la nécessité pour les États de garder le contrôle des technologies sensibles, et partant de peser lourd dans le concert des nations, a quelque peu obligé ces derniers à infléchir la logique de gestion patrimoniale de leur portefeuille de participations, et à intégrer des finalités protectrices.

508.Ce virage, traduit par la création dans certains États membres de fonds stratégiques d'investissement, en vue notamment de sécuriser l'actionnariat des entreprises stratégiques, donne aujourd'hui l'occasion de se demander si à cette force financière, il est possible d'adjoindre des leviers qui échapperaient à toute emprise du droit de l'Union européenne. À ce sujet, si en amont l'acquisition de la qualité d'actionnaire peut stratégiquement permettre de protéger une entreprise menacée de passage sous pavillon étranger, le statut d'actionnaire en lui même semble offrir, en aval, des prérogatives aptes à servir des desseins patriotiques. Ce statut d'actionnaire est davantage pertinent quant à la défense des entreprises stratégiques, que

l'État, en cette qualité, dispose, à l'exclusion des autres parties au contrat social, d'une position spécifique (*Section I*) emportant certaines conséquences juridiques qui lui sont profitables (*Section II*).

Section I : Une faculté ouverte à l'État par son statut d'actionnaire

509.A l'occasion des privatisations d'entreprises stratégiques, certains États devenus minoritaires n'avaient pas hésité à instituer par loi des actions spécifiques aptes à leur attribuer des pouvoirs allant au delà de ce que leur conféraient leurs participations. Répondant à ces instruments, la justice européenne a pu adopter un systématisme en condamnant le recours à de tels mécanismes.

510.Il est cependant possible de se demander si plutôt que de recourir à la loi pour augmenter leurs prérogatives dans les entreprises qu'ils jugent stratégiques, les États ne peuvent pas aboutir à un résultat comparable en s'appuyant sur les souplesses qu'offre le droit des sociétés. Reconnaître une telle éventualité ce serait admettre l'État au statut d'actionnaire ordinaire. Cependant, bien qu'ayant été mis en avant lors des affaires relatives aux actions spécifiques, ce statut n'a pas expressément été reconnu par la justice européenne. En effet, certains États avaient tenté de se dédouaner des règles de la libre circulation en affirmant qu'en tant qu'actionnaire ordinaire, ils s'étaient appuyés sur le droit commun des sociétés pour avoir un droit de regard accru dans les entreprises dans lesquelles ils détenaient des actions spécifiques. Rejetant cet argument, la justice européenne affirmait que les affaires en cause faisaient apparaître l'intervention de la loi dans le contrat social. Cette démarche de la justice européenne, quoiqu'ayant eu le mérite de sanctionner des pratiques aptes à porter un coup à l'intégration des marchés à l'intérieur de l'Union, laissaient néanmoins intacte la question de la possible mue de l'État en actionnaire ordinaire.

511.Face à cette "aphonie" de la justice européenne, il est cependant permis de penser qu'à l'instar de tout investisseur qui gère son patrimoine, l'État puisse se comporter en actionnaire

ordinaire. Cette faculté lui ouvre dès lors la possibilité de s'appuyer sur le droit des sociétés pour augmenter ses prérogatives dans une entreprise, et ainsi défendre cette dernière contre toute tentative de prise de contrôle⁵⁴⁹.

512.Dans le même sens, force est de constater que l'analyse de certains droits nationaux, à l'instar du droit des sociétés français, fait apparaître un statut exorbitant de l'État actionnaire, lui permettant notamment de s'appuyer sur la loi pour peser sur la composition des organes sociaux, ce qui montre bien l'incohérence du droit de l'Union européenne. Il y a en effet une contradiction à sanctionner d'un côté, l'institution des actions spécifiques au motif de l'intervention de la loi dans le contrat social, et à tolérer d'un autre côté l'intrusion de la loi dans le contrat social. Cette incohérence, qui montre une certaine impuissance du droit de l'Union européenne à appréhender toutes les formes d'intervention économique de l'État, permet à ce dernier, lorsqu'il est actionnaire, de s'appuyer sur un double statut de droit commun (*Paragraphe I*), et de droit exorbitant (*Paragraphe II*), pour augmenter ses prérogatives dans une entreprise, et ainsi défendre cette dernière.

Paragraphe 1 : Un statut de droit commun non contesté par le droit de l'Union européenne

513.Les droits politiques associent l'actionnaire à la vie de la société. Cette participation active se matérialise par la possibilité qu'offrent ces droits de peser sur les décisions importantes intéressant la société. Si l'on part du principe selon lequel une action égale une voix, on

⁵⁴⁹ Sur le statut de l'État actionnaire, voir Stéphane Albert et Claudie Buisson "*Entreprises publiques. Le rôle de l'État actionnaire*" : Doc. fr., 2002. ; Anémone Cartier-Bresson "*L'État actionnaire*", LGDJ 2010, Bibliothèque De Droit Public n° 264, 19 Janvier 2010. ; "*Actionnariat*", JCL Administratif, fasc. 161, juillet 2010. ; Albert Cheron "*De l'actionnariat des collectivités publiques*", Thèse Paris, 1929. ; Jean-Yves Chérot "*Droit public économique*", Économica, 2e éd., 2007. ; Jean Philippe Colson et Pascal Idoux "*Droit public économique*", LGDJ, 6eme éd., 2012. ; Maurice Cozian, Florence Deboissy, Alain Viandier, "*Droit des sociétés*", LexisNexis, 27e éd. août 2014. ; André Delion "*Le droit des entreprises et participations publiques*", LGDJ 2003. ; Pierre Jolly "*Des conditions dans lesquelles l'État, les départements, les communes et les établissements publics peuvent jouer le rôle d'actionnaire, de fondateurs, d'administrateurs dans les sociétés anonymes*", Thèse Paris, Sirey 1928. ; Paul Lapie "*L'État actionnaire*", Thèse, Paris, 1925. ; Sophie Nicinski, "*Droit public des affaires*": Montchrestien, 2012.

conçoit aisément que l'actionnaire qui détient une quotité importante du capital, puisse avoir dans la société une influence plus importante qu'un actionnaire détenant une faible part du capital. On admet davantage qu'un actionnaire majoritaire puisse avoir le contrôle sur la société. Mais, un actionnaire détenant une participation minoritaire peut-il avoir une influence allant au delà de ce que ne devrait lui conférer sa participation? Répondre par l'affirmative, ne serait-ce pas considérer que les actionnaires puissent être placés en situation inégalitaire?

514. A la vérité, il n'existe pas en droit de l'Union européenne une notion autonome d'égalité entre actionnaires⁵⁵⁰. La Cour de justice a pu le rappeler dans l'arrêt *Audiolux*⁵⁵¹. Dans cette affaire, l'actionnaire minoritaire d'une société luxembourgeoise, dont le contrôle avait changé sans qu'il lui ait été offert de céder sa participation, avait saisi les juridictions luxembourgeoises au motif que cette circonstance était de nature à rompre l'égalité entre actionnaires. Or, le droit national luxembourgeois ne contenait pas de dispositions faisant naître à la charge d'une entité obtenant le contrôle d'une autre, d'obligation d'acquérir les titres des actionnaires minoritaires aux conditions offertes aux cédants. Débouté en première instance et en appel, l'actionnaire minoritaire a pu obtenir de la Cour de cassation luxembourgeoise, qu'elle interroge la Cour de justice sur l'existence d'un principe général communautaire d'égalité des actionnaires.

515. Répondant à cette interrogation, la Cour de justice jugea que ce principe n'existe pas de façon autonome. Elle considéra que certes la directive n° 77/91 CE reconnaissait un traitement égal des actionnaires, mais elle soulignait que cette égalité n'était valable que pour les opérations d'augmentation ou de réduction de capital⁵⁵². De plus, la Cour rappelait que la référence à ce traitement égal des actionnaires dans la directive précitée avait été abrogée et remplacée par une disposition de la directive n° 2001/34 CE qui s'appliquait seulement à l'obligation de

⁵⁵⁰ Sur le principe d'égalité des actionnaires, voir Yves De Cordt, "*L'égalité entre actionnaires*", Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruylant, novembre 2004. ; Dominique Carreau et Hervé Letréguilly, "*Offres publiques (OPA, OPE, OPR)*", Répertoire de droit commercial, Dalloz, juin 2012, dernière mise à jour juin 2014.

⁵⁵¹ CJUE, 15 octobre 2009, aff. C-101/08, Rec., I. 09823.

⁵⁵² Point 37.

fournir des informations aux détenteurs de titres⁵⁵³. Au total selon la Cour, s'il existait des directives faisant référence à l'égalité des actionnaires, celles-ci étaient de droit strict, et leur portée était déterminée par leur objet spécifique⁵⁵⁴.

516. Compte tenu de ce qui précède, si l'on considère que le droit des sociétés ne postule pas l'égalité des actionnaires, on admet aisément que l'État, à l'instar de tout actionnaire, puisse augmenter ses prérogatives et obtenir une influence allant au delà de ce que lui conférerait la quotité du capital qu'il détient. Cette affirmation qui n'est pas contestée par la justice européenne (A), emporte l'adhésion de la doctrine (B).

A) Le silence des autorités européennes quant au statut de droit commun de l'État actionnaire

517. De l'analyse des affaires relatives aux actions spécifiques, il est possible de dire qu'en droit de l'Union européenne, la qualité d'actionnaire ordinaire n'a pas été contestée aux États, pas plus qu'elle ne leur a été reconnue. Dans ces affaires, s'était notamment posée la question de savoir si l'État prenait une *measure* justiciable des règles de la libre circulation, lorsqu'il concluait un accord contractuel extrastatutaire, ou votait en faveur d'une clause statutaire augmentant ses prérogatives dans une entreprise. Sans reconnaître clairement que l'État puisse être admis au statut d'actionnaire ordinaire, la Cour a pu préciser les circonstances permettant de lui contester cette qualité.

518. Ainsi, dans une affaire⁵⁵⁵ opposant la Commission à la République Portugaise, l'institution juridictionnelle européenne a pu considérer que l'État membre en cause s'était comporté en tant que puissance publique, et non en tant qu'actionnaire, alors que les pouvoirs spéciaux qu'il détenait dans l'entreprise *Portugal Telecom* lui avaient été conférés exclusivement par les

⁵⁵³ Point 41.

⁵⁵⁴ Points 32 et suiv.

⁵⁵⁵ CJCE 8 juillet 2010, aff. C-171/08, Commission c/ Portugal, note Gilbert Parleani, op. cit.

statuts. En l'espèce, l'État portugais avait voté une loi-cadre qui se limitait à permettre la création de l'action spécifique. Ensuite, par délégations successives, c'était à la communauté des associés signataires des statuts, dont l'État portugais, qu'était revenue la tâche de voter la mesure conférant des pouvoirs spéciaux à ce dernier. Estimant que cette mesure était bien imputable à l'État portugais, et qu'elle était de nature à enfreindre les règles de la libre circulation, la Commission porta l'affaire devant la Cour.

519.Réfutant les allégations de la Commission, le gouvernement portugais arguait avec insistance que les pouvoirs spéciaux dont il bénéficiait lui avaient été attribués par une décision de la collectivité des associés. Il s'agissait alors selon lui d'une simple initiative privée relevant du droit des sociétés, et insusceptible de constituer une mesure entravant les libertés de circulation européennes. L'argument pouvait convaincre en apparence, car l'État portugais tirait cette position favorable des statuts. Or, le droit des sociétés, qui ne postule pas l'égalité entre actionnaires, permet justement que par les statuts on puisse accorder une situation préférentielle à certains actionnaires à l'exclusion d'autres.

520.Répondant aux arguments développés par l'État portugais, la Cour admettait que le cadre législatif par lui mis en place, se limitait à admettre la possibilité de prévoir des actions privilégiées dans le contrat de société de *Portugal Telecom*. Elle précisait ensuite, que c'était en vertu des dispositions des statuts de cette société que ces actions spécifiques lui avaient été attribuées. Elle constatait cependant que ces dispositions des statuts avaient été introduites "*à une époque où la République portugaise détenait une participation majoritaire dans le capital social de PT et exerçait ainsi un contrôle sur cette société*". Partant de ce constat, elle concluait que "*c'est la République portugaise elle-même qui, d'une part, en sa qualité de législateur, a autorisé la création d'actions privilégiées au sein de PT et, d'autre part, en sa qualité d'autorité publique, a décidé [...], d'introduire des actions privilégiées dans PT, de les attribuer à l'État et de définir les droits spéciaux qu'elles confèrent*". Elle ajoutait que "*(...), la création desdites actions privilégiées ne découle pas d'une application normale du droit des*

sociétés dans la mesure où les actions privilégiées prévues dans PT, par dérogation au code portugais des sociétés commerciales, sont destinées à rester la propriété de l'État et ne sont donc pas transmissibles".

521. Au total, pour contester les pouvoirs spéciaux que détenait l'État portugais aux travers des actions spécifiques, par ailleurs votées par les statuts, la Cour s'appuyait sur les arguments tirés de l'existence d'un cadre législatif admettant la possibilité de créer de telles actions au profit de cet État, de l'influence de ce dernier au moment du vote de la mesure statutaire lui conférant des pouvoirs spéciaux, et enfin de l'intransmissibilité des actions spécifiques.

522. La position adoptée par Cour nous semble logique. En effet, si l'État portugais invoquait avec insistance le fait que ses pouvoirs spéciaux lui avaient été accordés exclusivement par les statuts, il était possible d'établir une relation de cause à effet entre la loi et lesdits pouvoirs. En effet, comme noté précédemment, pour juger de l'imputabilité de la mesure accordant des pouvoirs spéciaux à cet État, la Cour s'est notamment appuyée sur l'argument de l'intransmissibilité desdits pouvoirs, et donc de l'action spécifique. Or, cette intransmissibilité était prévue par la loi. Répondant à l'argument de l'intransmissibilité, l'État portugais invoquait le jeu normal du droit des sociétés. Certes, ce droit prévoit des exceptions à la transmissibilité des actions, mais ces dernières ne doivent être mises en œuvre que dans le cadre des instruments qu'il admet. Or, l'intervention de la loi dans le contrat de société était de nature à révéler une situation anormale⁵⁵⁶.

523. On en déduit qu'en dehors de toute intervention législative, et en s'inscrivant dans le cadre strict des instruments que fournit le droit des sociétés, l'État, notamment devenu minoritaire, peut augmenter ses prérogatives dans une entreprise. C'est dans ce sens que va la doctrine, et notamment Gilbert Parleani.

⁵⁵⁶ En ce sens, voir Gilbert Parleani., "*Actions spécifiques: les entraves aux libertés de circulation doivent provenir des mesures imputables à un Etat membre et non au droit des sociétés*", note sous CJCE 8 juillet 2010, aff. C-171/08, Commission c/ Portugal, op. cit.

B) L'admission doctrinale de l'État au statut d'actionnaire de droit commun

524. Commentant une décision rendue par la Cour, et relative à l'action spécifique que le gouvernement allemand et le land de Basse-Saxe détenaient dans le capital de la société *Volkswagen*, Gilbert Palearni⁵⁵⁷ a pu admettre la possibilité pour l'État de se muer en actionnaire ordinaire pour défendre ses entreprises, notamment stratégiques. En effet selon lui, il n'est pas possible de voir par principe dans l'État contractant qui gère son patrimoine, celui qui édicte une *mesure nationale* susceptible d'être exposée aux articles 49 et 63 du TFUE. Une mesure nationale est celle qui impose des comportements à d'autres que celui qui l'édicte. Tel ne serait pas le cas lorsque l'État s'appuie sur des instruments *connus* du droit des sociétés pour défendre ses entreprises stratégiques.

525. Toujours selon cet auteur, cette affirmation est en phase avec une décision⁵⁵⁸ rendue par la Cour, laquelle justifiait l'adoption de la directive n° 80/723⁵⁵⁹ relative à la transparence des relations financières entre les entreprises publiques et les États, par la considération que l'influence des pouvoirs publics pouvait s'exercer sur la base : soit d'une participation financière, soit de règles régissant la gestion des entreprises, c'est-à-dire selon les règles du droit des sociétés.

526. Pour lui, le principe de neutralité du traité en matière de propriété, exprimé à l'article 346 du TFUE, implique une égalité de prérogatives sur leur patrimoine entre propriétaires privés et propriétaires publics. Cette position est davantage en phase avec le paragraphe 3 de l'article 6 du TUE aux termes duquel "*Les droits fondamentaux (parmi lesquels figure le droit de propriété), tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de*

⁵⁵⁷ "Après l'arrêt *Volkswagen* du 23 octobre 2007, quelle liberté pour les États actionnaires" ?, note sous CJCE, 23 octobre 2007, *Commission c/ Allemagne*, op. cit.

⁵⁵⁸ CJCE, 6 juillet 1982, aff. C-188 à C-190/80, *France, Italie, Royaume-Uni c/ Commission*, Rec., 2545.

⁵⁵⁹ Op. cit.

l'Homme et des libertés fondamentales (...) font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux", et avec l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne relatif au droit de propriété⁵⁶⁰.

527. Ces précisions faites, l'augmentation des prérogatives de l'État au moyen des outils offerts par le droit des sociétés n'est pas exclusive d'un recours par ce dernier à la loi pour avoir un droit de regard accru sur les entreprises qu'il entend protéger.

Paragraphe 2 : Un statut d'actionnaire de droit exorbitant permis par l'absence de tracé de frontière entre État actionnaire et État puissance publique

528. La réalité du patriotisme économique montre qu'en dehors des conjonctions entre cette pratique et le droit de l'Union européenne, outre le statut d'actionnaire ordinaire, l'État dispose d'un statut exorbitant qui lui offre bien de possibilités quant à la défense des entreprises stratégiques.

529. Cette faculté, qui a le mérite de jeter le flou quant à la différenciation entre État actionnaire et État puissance publique, est d'autant plus profitable aux pouvoirs publics, que la limite entre ces deux facettes n'est ni tracée par les droits nationaux (**A**), ni véritablement circonscrite par le droit de l'Union européenne (**B**).

⁵⁶⁰ JOUE, n° C 303 du 14 décembre 2007.

A) Distinction entre État actionnaire et État puissance publique: une problématique récente

530.La problématique afférente au nécessaire tracé de frontière entre les fonctions d'actionnaire et de puissance publique n'est apparue que depuis peu⁵⁶¹. Outre le fait qu'il n'emportait pas d'enjeux juridiques importants, ce tracé de frontières entre les deux facettes de l'État, avait été nié ou relativisé par la doctrine, comme par la pratique des États, qui mélangeaient avec entrain les deux rôles.

531.Pour exemple en France, loin d'être d'importance majeure, les débats sur la distinction entre actionnaire et puissance publique ont porté sur la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire⁵⁶², ou encore sur la qualification juridique de l'acte de nationalisation⁵⁶³.

532.En droit de l'Union européenne, si dès l'origine il existait dans le Traité des textes aptes à appréhender une telle confusion, ce n'est que récemment qu'on a pu assister à la montée en puissance de la remise en cause de ce mélange de rôles. De *jure*, c'est d'abord au travers de la théorie de l'abus automatique de position dominante, développée sur la base des articles 106 et 102 du TFUE, que les autorités européennes se sont attachées à traduire d'effet la distinction entre ces deux fonctions de l'État. Sous cet angle, cette théorie s'oppose à ce que les autorités nationales confient à un opérateur public des fonctions de régulation dans un secteur ouvert à la concurrence. Pour exemple, la Commission a considéré que les fonctions de régulation du secteur postal, et celles liées à la propriété de l'opérateur public exerçant dans ce secteur, ne

⁵⁶¹ Sur la question, voir Anémone Cartier-Bresson, "Actionnariat", JCL Administratif, fasc. 161, juillet 2010.

⁵⁶² Sur la qualification de contrat de droit privé des statuts d'une société d'économie mixte, CE, 14 mars 1997, n° 119055, *Cie d'aménagement coteaux Gascogne*, JurisData n° 1997-050583, RFDA. 1997, p.349, note P. Delvolvé.

⁵⁶³ Acte de puissance publique relevant de la compétence du législateur ou prise de contrôle selon les techniques du droit commun ? En ce sens, Cons. Const., 19 janvier 1984, déc. n° 83-167-DC, portant sur la loi relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, Dalloz, 1985, IR, p. 357, note Leo Hamon.

pouvaient être confiées à deux directions d'un même ministère⁵⁶⁴.

533. Mais, c'est surtout sous le visa du droit des aides d'État, que la Commission et la justice européenne ont pu tracer une frontière claire entre les fonctions de puissance publique et d'actionnaire. Dans cette matière, pour parvenir à la qualification juridique d'aides d'État, les autorités européennes n'appliquent pas le même raisonnement lorsqu'elles sont confrontées à l'un de ces deux visages de l'État. Ainsi, le critère de l'opérateur économique en économie de marché, adossé à la recherche de rentabilité de l'investissement, permet d'appréhender le comportement de l'État, lorsque ce dernier intervient dans la sphère économique, en prenant par exemple des participations notamment protectrices dans une entreprise. En revanche, lorsque l'État intervient en tant que puissance publique, les autorités européennes ne raisonnent plus en terme de rentabilité de l'intervention, mais s'appuient sur le critère de sélectivité. L'intervention étatique emportera de ce point de vue qualification juridique d'aide d'Etat, s'il s'avérait qu'une entreprise a bénéficié de la part des pouvoirs publics, d'un traitement de faveur lui permettant de renforcer sa position concurrentielle. Cette amorce de différenciation a permis de préciser l'enjeu attaché à la distinction entre ces deux facettes de l'État.

B) Distinction entre État actionnaire et État puissance publique: une problématique partiellement réglée en droit de l'Union européenne

534. Des affaires mettant en jeu la confusion entre la fonction de puissance publique et celle d'actionnaire, il ressort que l'enjeu attaché à la distinction est celui du tracé de frontière entre les obligations que l'État doit assumer en tant que propriétaire d'une entreprise, et celles qui lui incombent en tant que puissance publique⁵⁶⁵.

535. La Cour a pu affirmer la nécessité d'opérer une telle distinction dans une affaire ayant opposé

⁵⁶⁴ Comm., Déc. n° 2002/344/CE du 23 octobre 2001, relative à l'absence de contrôle exhaustif et indépendant des conditions tarifaires et techniques appliquées par La Poste aux entreprises de routage pour l'accès à ses services réservés, JOCE du 7 mai 2002, Europe 2002, Comm. 246, Laurence Idot.

⁵⁶⁵ En ce sens, voir Anémone Cartier-Bresson, "Actionariat", op. cit.

l'Espagne à la Commission⁵⁶⁶. Dans cette affaire, ayant que par le biais du *Patrimonio del Estado*⁵⁶⁷, les autorités espagnoles avaient consenti des apports en capital à trois sociétés appartenant à l'État espagnol, dont deux opéraient dans le secteur du textile - *Hytasa et Intelhorce* - et une dans le secteur de la chaussure - *Imepiel* -, la Commission a engagé des procédures pour apprécier la compatibilité de ces interventions au regard des règles relatives à la prohibition des aides d'État.

536. Des constatations de la Commission, il résultait qu'entre 1986 et 1989, l'État avait apporté 7100 millions de *Pesetas* - ci-après *PTA*- à *Hytasa*, 6029 millions de *PTA* à *Imepiel*, et 7820 millions de *PTA* à *Intelhorce*, au moyen d'augmentations de capital destinées à couvrir des pertes d'exploitation. Cependant, face à la situation durablement déficitaire des ces entités, l'État espagnol décidait de les privatiser. Les conditions de vente prévoyaient notamment:

- dans le cas de la société *Hytasa*, une augmentation de capital de 4300 millions de *PTA* par le *Patrimonio del Estado* lors de la vente⁵⁶⁸, et un prix de vente de 100 millions de *PTA* pour l'ensemble des actions;
- dans le cas d'*Imepiel*, une injection de capital de 8500 millions de *PTA* par le *Patrimonio del Estado* lors de la vente⁵⁶⁹, et un prix de vente de 100 millions de *PTA*;
- dans le cas d'*Intelhorce*, une augmentation de capital de 5869 millions de *PTA* par le *Patrimonio del Estado*, et un prix de vente de 200 millions de *PTA*.

Considérant que ces augmentations de capital étaient des aides d'État incompatibles avec le marché commun, la Commission exigea leur restitution.

537. Réfutant cette décision de l'autorité administrative européenne, le Royaume d'Espagne porta l'affaire devant la Cour, soutenant à l'appui de son recours que les apports en capital en cause,

⁵⁶⁶ CJCE, 14 septembre 1994, aff. jtes C-278/92, C-279/92 et C-280/92, *Espagne c/Commission*, Rec., I. 04103.

⁵⁶⁷ Office de la propriété d'État du Ministère de l'économie et des finances.

⁵⁶⁸ Pour améliorer la situation financière de cette entreprise, réaliser des investissements et financer les licenciements.

⁵⁶⁹ Pour améliorer la situation financière de la société, réorganiser la main-d'œuvre, et effectuer les investissements adéquats en matière d'équipement.

et partant la privatisation des entreprises bénéficiaires desdits apports, étaient les solutions économiquement les plus avantageuses. De façon précise, le Royaume d'Espagne faisait valoir que vu la situation déficitaire des trois sociétés, leur liquidation aurait entraîné un coût supérieur à leur privatisation. Pour exemple, contrairement à la Commission qui évaluait le coût total de la liquidation d'*Hytasa* à sa valeur nette, le Royaume d'Espagne faisait valoir que ladite liquidation aurait entraîné un solde négatif pour l'État. Pour arriver à ce montant, le royaume d'Espagne déduisait de la valeur ajustée des actifs d'*Hytasa* - 8741,8 millions de *PTA* -, la valeur ajustée de ses engagements - 6 388 millions de *PTA* -, et le coût des licenciements - 7 666,4 millions de *PTA* -.

538. Aussi rationnel qu'il soit, cet argument n'emportait pas la conviction du juge européen qui, s'appuyant sur le critère de l'investisseur privé, débouta le Royaume d'Espagne en opérant une distinction entre les obligations que cet État devait assumer en tant qu'actionnaire propriétaire, et celles qui relevaient de sa qualité de puissance publique. Ainsi, en tant que propriétaire actionnaire, ledit Royaume, via le *Patrimonio del Estado*, n'était responsable des dettes des trois sociétés qu'à concurrence de la valeur de liquidation de leurs actifs. En revanche, les obligations résultant des coûts de licenciement des travailleurs, du paiement des allocations de chômage, et des aides pour la reconstitution du tissu industriel, relevaient des obligations que les pouvoirs publics pourraient assumer non pas en tant qu'actionnaire propriétaire, mais en tant que puissance publique. En conséquence, ces obligations ne devaient pas être prises en considération pour l'application du critère de l'investisseur privé⁵⁷⁰, mais auraient pu être appréciées au regard du critère de la sélectivité⁵⁷¹.

539. Si la démarche adoptée par les autorités européennes a eu le mérite d'inscrire le droit de l'Union européenne dans une dynamique de différenciation entre actionnaire public et puissance publique, elle a le défaut d'être parcellaire, en ce qu'elle reste notamment tributaire

⁵⁷⁰ CJCE, 14 septembre 1994, aff. jtes C-278/92, C-279/92 et C-280/92, *Espagne c/Commission*, préc., point 22.

⁵⁷¹ Sur le critère de sélectivité voir supra (paragraphe sur le risque de violation par l'État *patriote* de la prohibition des aides d'État).

du droit des aides d'État et des critères - investisseur privé et sélectivité - qui ne sont pas aptes à appréhender toutes les formes d'intervention de la puissance publique dans le contrat social. Une telle situation est de nature à ouvrir quelques perspectives aux États membres de l'Union.

Section II : Une faculté ouvrant des perspectives à l'État

540. Si l'on admet qu'il n'existe pas d'obstacles juridiques à ce que l'État puisse, à l'instar de toute partie au contrat social, être considéré comme un actionnaire ordinaire, on conçoit aisément que ce dernier puisse s'appuyer sur les outils offerts par le droit des sociétés pour défendre seul, ou de concert, ses entreprises stratégiques (*Paragraphe I*).

541. Si en droit de l'Union européenne, il n'existe pas une distinction claire entre État actionnaire et État puissance publique, ou du moins, si l'intérêt de cette distinction se cantonne aux obligations que l'État doit assumer selon les cas, on conçoit que ce dernier puisse s'engouffrer dans la brèche, et ainsi s'appuyer sur des mécanismes dérogatoires du droit commun des sociétés, pour éviter que ses fleurons nationaux ne passent sous pavillon étranger (*Paragraphe II*).

Paragraphe 1 : Le recours aux mécanismes du droit commun des sociétés

542. L'évolution du droit des sociétés a toujours été marquée par la recherche d'un équilibre entre la prolifération d'une réglementation encadrant le contrat social, et l'aspiration à davantage de souplesse et de liberté dans l'organisation et le fonctionnement des personnes morales.

543. A la fin du 18^{ème} siècle, la liberté gouvernant ce droit n'était pas tempérée par d'autres droits spécialisés, à l'instar du droit du travail, ou encore du droit boursier. Cette autonomie qu'avaient les parties au contrat social s'est trouvée consacrée par le décret D'Allarde et la Loi

Le Chapelier de 1791, qui ont fait interdire les corporations et ont permis le développement des métiers commerçants. Cependant, le législateur français s'est par la suite rendu compte des effets négatifs qu'une trop grande liberté pouvait avoir, notamment sur les parties les plus faibles. Ces dernières étaient abandonnées à la puissance des sociétés qui, lorsqu'elles prospéraient, imposaient leurs conditions aux potentiels cocontractants. Cette situation était contraire à la théorie de la volonté qui suppose un consentement libre et éclairé en droit commun des obligations.

544.Dans la seconde moitié du vingtième siècle, l'État français s'est fait plus protecteur des intérêts des parties faibles, et a instauré un ordre public économique de direction. Cette dynamique a conduit à la fermeture du libre accès à un certain nombre de professions⁵⁷², et à de nombreuses nationalisations⁵⁷³. Mais, dans les années 1980, on a pu assister à un infléchissement de cette tendance interventionniste, avec une déréglementation massive, dictée par le constat du manque d'efficacité d'un droit trop encadré et rigide. En témoigne la création des Sociétés par Actions simplifiées, qui apparaissent comme des zones de quasi-liberté totale. Cette dernière tendance, qui au demeurant n'est pas exclusive de celle dictée par la volonté de protection des individus, laisse ainsi aux opérateurs économiques, une liberté apte à leur permettre d'adapter le contrat social à leurs besoins. Ces dernières peuvent donc s'appuyer sur mécanismes du droit des sociétés, pour traduire d'effet leurs aspirations quant au fonctionnement de la personne morale.

545.Rapporté à notre sujet, il importe de rechercher et de s'interroger sur la pertinence des outils, fruits de la liberté contractuelle, pouvant servir le besoin pour l'État de renforcer ses prérogatives et/ou de maintenir une influence dans une entreprise stratégique, aux fins de défendre cette dernière contre toute tentative étrangère de prise de contrôle.

546.De ce point de vue, si le droit commun des sociétés fournit une multitude d'outils permettant

⁵⁷² Par exemple, les pharmaciens.

⁵⁷³ En 1945 et 1946, avec notamment la nationalisation de la Banque de France, des quatre plus grandes banques françaises, des compagnies d'assurance.

de défendre une entreprise, la réalité du patriotisme économique montre que pour servir ce dessein, les États s'appuient sur des stratégies diverses, et au demeurant non linéaires. Ces derniers agissent en effet différemment selon qu'il s'agit d'éviter la prise de contrôle étranger des entreprises publiques privatisées, ou de toutes autres entreprises à capitaux notamment publics et revêtant une importance stratégique.

547. S'agissant des premières, l'analyse des vagues de privatisations menées dans certains pays membres de l'Union européenne, montre que ces opérations se sont accompagnées d'un certain interventionnisme visant à assurer aux États un certain droit de regard. Ces derniers ont notamment pu s'appuyer sur le procédé exorbitant qu'est l'action spécifique. Si les autorités de l'Union européenne, sous le visa des règles de la libre circulation, ont adopté un systématisme en condamnant le recours à un tel outil, force est de constater que le droit commun des sociétés offre des techniques ayant des effets sinon idoines, du moins comparables à ceux des actions spécifiques. De ce point de vue, pour garder une influence dans une entreprise privatisée, l'État peut y conserver une participation significative, ou même détenir une minorité de blocage. En France par exemple, à l'issue des opérations de privatisations des sociétés *Renault*, *Thales*, *France Télécom*, l'Etat détenait respectivement 48%, 40% et 43% du capital. Si en règle générale ces minorités de blocage n'ont été détenues que de manière temporaire, force est de constater qu'aujourd'hui l'État français détient 36.7% du capital de GDF-Suez⁵⁷⁴, ce qui lui permet de peser sur les décisions stratégiques intéressant cette entreprise.

548. Au-delà de ces cas particuliers, s'il n'est pas possible de voir par principe dans l'État contractant qui gère son patrimoine, celui qui édicte une "*mesure nationale*" susceptible d'être soumise au droit de l'Union européenne, on conçoit que ce dernier puisse par voie conventionnelle obtenir une influence qui irait au-delà de sa participation au capital, ou voter toute mesure apte à éviter le passage d'une entreprise stratégique sous pavillon étranger. Ce dernier peut donc, par le vote de l'*instrumentum* du contrat de société que sont les statuts, et

⁵⁷⁴ <http://www.economie.gouv.fr/agence-participations-etat/Les-participations-publiques>

sans risquer de tomber sous le coup des règles de la libre circulation, bénéficiant de clauses lui conférant un pouvoir supérieur à sa participation mathématique. Il peut tout aussi bien bénéficier de décisions des organes sociaux - Assemblée Générale des actionnaires, Conseil de Surveillance, Directoire, Conseil d'Administration -, lui attribuant certains avantages à l'exclusion des autres actionnaires. L'État peut tout aussi bien s'appuyer sur des conventions extrastatutaires pour renforcer ses prérogatives dans l'entreprise à défendre. Ces conventions qui permettent d'aménager les relations entre les actionnaires, et/ou entre ces derniers et la société, s'avèrent être des outils aptes à traduire les besoins des actionnaires quant à la conduite de la société. L'objectif dans tous les cas précités, étant pour l'État seul ou de concert, soit de stabiliser l'actionnariat (**A**), soit d'avoir un droit de regard sur la gestion de l'entreprise stratégique (**B**).

A) Droit commun des sociétés et stabilisation de l'actionnariat

549.L'analyse de certaines opérations de privatisation montre que plutôt que de recourir aux actions spécifiques pour stabiliser l'actionnariat, l'État peut valablement s'appuyer sur d'autres dispositifs.

550.Les procédures de cession hors marché en sont le parfait exemple⁵⁷⁵. Ces dernières permettent de constituer des "*groupes d'actionnaires fiables et stables*" qui vont conclure un pacte d'actionnaire en vue de stabiliser leurs participations⁵⁷⁶. Ces procédés ont notamment été mis en œuvre par l'État français lors des vagues de privatisations de 1986, et surtout celles de 1993, qui ont vu les privatisations de la *BNP*, d'*Elf Aquitaine* et du *Crédit Lyonnais*⁵⁷⁷.

551.À la vérité, si la technique des groupes d'actionnaires stables permet de consolider temporairement l'actionnariat de certaines entreprises stratégiques, elle n'est pas exclusive de

⁵⁷⁵ En ce sens, voir Marie-Anne Vanneaux, "*Indisponibilités et actionnariat public minoritaire*", RLDA 2013/86, n° 4796. ; Mario Siragusa "*Privatization and EU Competition Law*", Fordham Corporate Law Institute, 1997, p. 375.

⁵⁷⁶ Voir par exemple le pacte d'actionnaires signé entre l'État français et France Telecom, AMF, Déc. n° 207C0143, 18 janv. 2007.

⁵⁷⁷ Haut Conseil du Secteur Public, Rapport de 1998. p. 140.

mécanismes permettant de pérenniser la structure actionnariale, lesquels intègrent notamment la dissuasion à la cession (1) et à l'acquisition (2) des titres.

1) La dissuasion à la cession des titres

552. Si l'on admet l'État au statut d'actionnaire ordinaire, on conçoit que ce dernier puisse, seul ou de concert, initier, voter, encourager, ou bénéficier de toutes mesures propres à dissuader la cession des titres d'une l'entreprise stratégique, et ainsi faire échec à toute tentative étrangère de prise de contrôle. Sans être exhaustif, ces mesures intègrent l'identification et la fidélisation de l'actionnariat (a), ainsi que les limitations et interdictions de la cession des titres de l'entreprise stratégique (b).

a) L'identification et la fidélisation de l'actionnariat

553. Il semble difficile de voir en ce procédé un outil de protection des entreprises. Cette difficulté est davantage accrue compte tenu du fait que bon nombre d'entreprises stratégiques font publiquement appel à l'épargne, et émettent pour ce faire des titres de capital au porteur. Cette circonstance qui rend difficile, voire parfois impossible, la connaissance exacte de la structure actionnariale, peut néanmoins être surmontée par la faculté ouverte à certaines entreprises d'émettre des titres nominatifs, et par les obligations légales de déclaration de franchissement de seuils.

554. L'Etat peut donc, par le vote des statuts, et sans tomber sous le coup des règles européennes de la libre circulation, favoriser l'émission de titres nominatifs⁵⁷⁸ par l'entreprise stratégique qu'il entend protéger. La mise en circulation de tels titres, permet dans une certaine mesure d'avoir une photographie, fût-elle partielle, de l'actionnariat, mais surtout de créer un noyau dur d'actionnaires fiables, afin de prémunir l'entreprise contre toute tentative étrangère

⁵⁷⁸ Sur la question des titres nominatifs, voir Jean-François Artz, "Action", Répertoire de droit des sociétés, Dalloz juin 2002 (mise à jour : juin 2014), paragraphes 87 à 129.

de prise de contrôle.

555.En France par exemple, outre les sociétés de personnes - à l'exemple des Sociétés à responsabilité limitée -, les sociétés par actions peuvent émettre des titres nominatifs. L'article L-228-1 alinéa 3 du Code de commerce dispose que "*les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions revêtent la forme de titres au porteur ou de titres nominatifs, sauf pour les sociétés pour lesquelles la loi ou les statuts imposent la seule forme nominative, pour tout ou partie du capital*". Le CMF, en son article L-212-3-I, précise que "*sous réserve des dispositions de l'article L. 211-7, les actions émises en territoire français et soumises à la législation française, des sociétés par actions, autres que les SICAV ou les sociétés de placement à prépondérance immobilière à capital variable, qui ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé revêtent la forme nominative*". On en déduit que, l'entreprise stratégique revêtant la forme d'une société par actions non cotée, peut décider de n'émettre que des titres nominatifs devant être inscrits en compte chez elle.

556.Dans le même ordre d'idées, l'entreprise stratégique qui revêt la forme d'une société cotée, peut limiter le risque d'acquisition de ses titres par une entité étrangère, en favorisant l'émission de titres nominatifs non admis aux négociations sur un marché règlementé. De plus, l'article L-228-2 du Code de commerce permet à une telle société d'obtenir des renseignements relatifs aux détenteurs des titres auprès d'un organisme centralisateur⁵⁷⁹.

557.Si les dispositifs d'identification des actionnaires permettent d'avoir une connaissance de l'actionnariat, tel est aussi le cas de *l'obligation de déclaration de franchissement de seuils*. Une telle obligation, quoique visant à protéger les actionnaires en les tenant informés des variations du capital et des droits de vote, peut profiter à tout actionnaire, dont l'État, en ce qu'elle permet de mieux connaître l'évolution de l'actionnariat, et partant d'anticiper une éventuelle offre publique d'acquisition hostile.

558.En droit de l'Union européenne, une telle obligation avait à l'origine été prévue par la directive

⁵⁷⁹ À l'exemple d'*Euroclear*.

n° 88/627/CEE du Conseil du 12 décembre 1988⁵⁸⁰, puis consolidée dans la directive n° 2001/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 mai 2001⁵⁸¹. Les dispositions relatives aux déclarations de franchissements de seuils⁵⁸² instituées par cette dernière directive ont ensuite été remplacées par la directive n°2004/109/CE⁵⁸³ dite "*directive transparence*" qui, sans procéder à une harmonisation, a mis à la charge des États le devoir d'instituer dans leurs législations nationales des exigences minimales, tout en n'excluant pas la possibilité de mettre en place des exigences plus strictes⁵⁸⁴. Cette directive a été modifiée par la directive n° 2013/50/UE⁵⁸⁵.

559.L'article 9 de cette dernière directive, en ses paragraphes 1, 2 et 3 énonce que: "*L'État membre d'origine veille à ce que, lorsqu'un détenteur d'actions acquiert ou cède des actions d'un émetteur dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé et auxquelles sont attachés des droits de vote, ledit détenteur d'actions soit tenu de notifier à l'émetteur le pourcentage des droits de vote de l'émetteur détenus par le détenteur d'actions à la suite de l'acquisition ou de la cession considérée, lorsque ce pourcentage atteint les seuils de 5 %, 10 %, 15 %, 20 %, 25 %, 30 %, 50 % et 75 % ou passe au-dessus ou en dessous de ces seuils.*

Les droits de vote sont calculés sur la base de l'ensemble des actions auxquelles sont attachés des droits de vote, même si l'exercice de ceux-ci est suspendu. Par ailleurs, cette information est également fournie pour l'ensemble des actions appartenant à une même catégorie et

⁵⁸⁰ Directive concernant les informations à publier lors de l'acquisition et de la cession d'une participation importante, dans une société cotée en bourse, JOCE n° L 348 du 17 décembre 1988 p. 62 - 65.

⁵⁸¹ Directive concernant l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle et l'information à publier sur ces valeurs, JOCE, n° L 184 du 6 juillet 2001.

⁵⁸² Articles 85 à 97 de la directive n° 2001/34/CE, préc.

⁵⁸³ Directive du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé, JOCE n° L 390/38 du 31 décembre 2004.

⁵⁸⁴ Directive précitée, article 3.

⁵⁸⁵ Directive n° 2013/50/UE du Parlement Européen et du Conseil du 22 octobre 2013, JOUE n° L 294/13 du 6 novembre 2013. Pour un commentaire relatif à cette directive, Association Nationale des Sociétés par Actions (ANSA), "*Transparence directive révisée et sa transposition*", Bulletin ANSA, juin 2014, n° 3, p. 1-8. ; Thierry Bonneau "*Modifications de la directive du 15 décembre 2004*" RDBF janvier 2014, n° 1 p. 68-69.

auxquelles des droits de vote sont attachés.

2. L'État membre d'origine veille à ce que les détenteurs d'actions soient tenus de notifier à l'émetteur le pourcentage des droits de vote, lorsque ce pourcentage atteint les seuils visés au paragraphe 1, ou passe au-dessus ou en dessous de ces seuils, à la suite d'événements modifiant la répartition des droits de vote, sur la base des informations divulguées en application de l'article 15. Lorsque l'émetteur a son siège statutaire dans un pays tiers, la notification est faite pour les événements équivalents.

3. L'état membre d'origine n'est pas tenu d'appliquer:

a) le seuil de 30 %, lorsqu'il applique un seuil d'un tiers;

b) le seuil de 75 %, lorsqu'il applique un seuil de deux tiers".

560. Cette disposition, qui a pu instituer des normes standards quant à l'obligation de déclaration de franchissement de seuils, a été reprise par les États membres.

561. En France par exemple, l'article L-233-7-I du Code de commerce dispose que "*lorsque les actions d'une société ayant son siège sur le territoire de la République sont admises aux négociations sur un marché réglementé d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou sur un marché d'instruments financiers admettant aux négociations des actions pouvant être inscrites en compte chez un intermédiaire (...), toute personne physique ou morale agissant seule ou de concert qui vient à posséder un nombre d'actions représentant plus du vingtième, du dixième, des trois vingtièmes, du cinquième, du quart, des trois dixièmes, du tiers, de la moitié, des deux tiers, des dix-huit vingtièmes ou des dix-neuf vingtièmes du capital ou des droits de vote informe la société, à compter du franchissement du seuil de participation, du nombre total d'actions ou de droits de vote qu'elle possède*".

562. A cette obligation d'information, s'ajoute celle de l'article L-233-7-VII du Code de commerce

qui dispose que "*lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé, la personne tenue à l'information prévue au I est tenue de déclarer, à l'occasion des franchissements de seuil du dixième, des trois vingtièmes, du cinquième ou du quart du capital ou des droits de vote, les objectifs qu'elle a l'intention de poursuivre au cours des six mois à venir.*

Cette personne précise dans sa déclaration :

- a) Les modes de financement de l'acquisition ;*
- b) Si elle agit seule ou de concert ;*
- c) Si elle envisage d'arrêter ses achats ou de les poursuivre et d'acquérir ou non le contrôle de la société ;*
- d) La stratégie qu'elle envisage vis-à-vis de l'émetteur et les opérations pour la mettre en œuvre ;*
- e) Ses intentions quant au dénouement des accords et instruments mentionnés aux 4° et 4° bis du I de l'article L. 233-9, si elle est partie à de tels accords ou instruments ;*
- f) Tout accord de cession temporaire ayant pour objet les actions et les droits de vote ;*
- g) Si elle envisage de demander sa nomination ou celle d'une ou plusieurs personnes comme administrateur, membre du directoire ou du conseil de surveillance".*

563. Cette précision légale faite, il faut dire qu'à la vérité, la problématique afférente aux déclarations de franchissement de seuils est moins l'obligation imposée aux actionnaires - qui est communément admise par le droit de l'Union Européenne et par les droits nationaux -, que les opérations matérielles devant être prises en compte dans le calcul des seuils.

564. Si l'article 9 de la directive transparence⁵⁸⁶ vise les opérations de cession et d'acquisition d'actions, l'article 13, dans la version de 2004, visait les "*instruments financiers qui donnent le*

⁵⁸⁶ Op. cit.

droit d'acquérir, (de la propre initiative de l'acquéreur), en vertu d'un accord formel, des actions auxquelles sont attachés des droits de vote et déjà émises, d'un émetteur dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé". Ce faisant, cette disposition n'incluait pas les instruments financiers à dénouement monétaire, à l'exemple des contrats financiers avec un paiement de différentiel - *CFD* -, ou encore des instruments financiers dérivés à terme qui ont un objet ou un effet similaire. Sont visés notamment les contrats financiers d'échange sur actions, à l'exemple des "*equity swaps*".

565.L'"*equity swap*" est un contrat bilatéral qui permet à l'une des parties d'acquérir la propriété économique d'actions appelées "*actions sous-jacentes*". La particularité est qu'arrivé à l'échéance de ce contrat, la partie qui a parié à la hausse du cours de l'action sous-jacente est payée en numéraire. Le montant correspond à la différence entre la valeur du sous-jacent à l'échéance et la valeur initiale.

566.C'est précisément sur la base de cette technique financière que *LVMH* avait acquis 17,1% du capital d'*Hermès*. En effet, avant le terme des "*equity swaps*" signés entre *LVMH* et certains porteurs d'actions d'*Hermès*, des avenants avaient été annexés au contrat permettant le paiement non pas en numéraire, mais en actions, ce qui permettait une montée de *LVMH* au capital d'*Hermès*⁵⁸⁷.

567.Si l'utilité⁵⁸⁸ de tels instruments ne peut être niée, il n'en demeure pas moins que certains acteurs économiques les utilisent pour détourner les principes qui sont au cœur de l'obligation légale de déclaration des franchissements de seuils. Ils permettent en effet à un investisseur de prendre des participations importantes dans une entreprise sans être assujetti à une quelconque obligation de déclaration.

⁵⁸⁷ Pauline Pailler, "*L'AMF condamne LVMH pour sa montée masquée au capital d'Hermès*", note sous AMF, Commission des sanctions, 25 juin 2013, *LVMH Moët Hennessy-Louis Vuitton*, JCP E Semaine Juridique (édition entreprise), septembre 2013, n° 37, p. 47-51.

⁵⁸⁸ L'*equity swap* est par exemple très utilisé par les groupes industriels, en particulier dans l'aéronautique, pour se couvrir contre le risque de fluctuation des taux de change et des taux d'intérêt.

568.En France, pour éviter de telles situations, le rapport *Field*⁵⁸⁹ avait préconisé le principe de l'assimilation totale des instruments financiers à dénouement monétaire aux actions "*en dur*". Pour autant, l'ordonnance du 30 janvier 2009⁵⁹⁰ n'avait pas franchi le pas et avait préféré retenir un système d'information séparée. Pourtant, nombre de législations européennes avaient déjà adopté le régime de l'assimilation, à l'exemple de l'Allemagne, du Portugal, ou encore du Royaume-Uni.

569.Dans le but de mettre la France au niveau des standards européens, la loi *Warsmann* du 22 mars 2012⁵⁹¹ a pu reprendre les dispositions principales de la proposition de loi du sénateur Marini. Son article 25-II, codifié à l'article L-233-9, I, 4 bis du Code de commerce, assimile désormais les instruments financiers dénouables en espèce aux actions "*en dur*" pour le calcul des franchissements de seuils. Cette dynamique a été prise en compte par la directive transparence de 2013. En effet, aux termes de l'article 13, § 1, sont désormais assujettis à l'obligation de déclaration de franchissement de seuils : "*(les) instruments financiers qui, à l'échéance, (donnent), en vertu d'un accord formel, soit le droit inconditionnel d'acquérir, soit la faculté d'acquérir des actions auxquelles sont attachés des droits de vote et déjà émises, d'un émetteur dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé;*

(les) instruments financiers qui ne figurent pas (au paragraphe précédent), mais qui font référence à des actions visées à ce point, et dont l'effet économique est similaire à celui des instruments financiers visés à ce point, qu'ils donnent droit à un règlement physique ou non"⁵⁹².

⁵⁸⁹ Groupe de travail présidé par Bernard Field, membre du Collège de l'AMF, Rapport sur les déclarations de franchissement de seuil de participation et les déclarations d'intention, octobre 2008.

⁵⁹⁰ Ordonnance n° 2009-105 du 30 janvier 2009, relative aux rachats d'actions, aux déclarations de franchissement de seuils et aux déclarations d'intentions, JORF n° 0026 du 31 janvier 2009, p.1835.

⁵⁹¹ Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, JORF n° 0071 du 23 mars 2012, p. 5226. Pour un commentaire relatif à cette loi, voir Philippe D'Hoir et Séverine Beaufre, *Option Fiance*, mai 2012, n° 1172, p. 25-26.

⁵⁹² Sur l'évolution de la législation française et européenne sur la question,, voir Hervé Le Nabasque, "*La mort-annoncée-des equity swaps ?*", *Revue droit des sociétés*, janvier 2012, n° 1 p. 3. ; Simon Guegen, Olivier Ramon et Arnaud Raynaud, "*Déclaration de franchissement de seuil et contrats d'equity swap : éléments de réflexion sur les*

570. Au total, la prise en compte des instruments financiers à dénouement monétaire dans le calcul du point de déclenchement de l'obligation de déclaration de franchissement de seuil, est à n'en point douter de nature à renforcer la surveillance de l'actionnariat et partant, d'anticiper une éventuelle montée en capital d'investisseurs indésirables.

571. Fort de ces précisions, il faut dire que si l'identification de l'actionnariat peut avoir en elle-même des relents patriotiques, elle est aussi un préalable à la *fidélisation de l'actionnariat*⁵⁹³, qui peut tout aussi bien empêcher les modifications de la structure actionnariale pouvant conduire à une prise de contrôle étranger. Ainsi, pour inciter les actionnaires à résister aux tentatives étrangères de prise de contrôle, l'État peut voter des mesures permettant de fidéliser l'actionnariat.

572. Ces mesures consistent notamment en l'octroi d'une majoration du dividende⁵⁹⁴. En France, cette faculté est prévue par l'article L-232-14 du Code de commerce qui dispose qu'*"une majoration de dividendes dans la limite de 10 % peut être attribuée par des statuts à tout actionnaire qui justifie, à la clôture de l'exercice, d'une inscription nominative depuis deux ans au moins et du maintien de celle-ci à la date de mise en paiement du dividende. Son taux est fixé par l'assemblée générale extraordinaire. Dans les sociétés admises aux négociations sur un marché réglementé, le nombre de titres éligibles à cette majoration de dividendes ne peut excéder, pour un même actionnaire, 0,5 % du capital de la société. La même majoration peut être attribuée, dans les mêmes conditions en cas de distribution d'actions gratuites"*. Dans le but de fidéliser les actionnaires et d'éviter que ces derniers ne cèdent aux sirènes étrangères, un dividende exceptionnel peut tout aussi bien être envisagé.

573. Dans le même ordre d'idées, L'Assemblée Générale peut associer les salariés à la lutte contre la perte de contrôle de l'entreprise en autorisant le Conseil d'Administration ou le Directoire à

évolutions en droit interne et communautaire", Bulletin Joly Bourse et produits financiers, septembre 2013, n° 9, p. 439-446.

⁵⁹³ En ce sens, Valérie Résillot, "L'actionnariat individuel", CDE 1er mars 2014, n° 2, p. 9-15.

⁵⁹⁴ En ce sens, Association Nationale des Sociétés par Actions (ANSA), "Dividende majoré : quelques précisions", Bulletin de l'Association Nationale des Sociétés par Actions, 1er juillet 2012, n° 3, p. 1-2. ; Jean-Claude Mary, "Les actions nominatives à dividende majoré: Considérations techniques", LPA octobre 2013, n° 121, p. 6-10.

leur attribuer des actions gratuites⁵⁹⁵.

574. Si l'entreprise stratégique est une société par actions, et à la condition que cette faculté soit prévue par les statuts, l'Assemblée Générale statuant sur les comptes de l'exercice, peut accorder aux actionnaires des paiements en actions⁵⁹⁶.

575. En 2006, la réaction des dirigeants d'Arcelor suite à l'OPA lancée par *Mittal Steel* est illustrative de l'utilisation de la fidélisation de l'actionnariat à des fins patriotiques. En effet, pour faire échouer cette tentative de prise de contrôle, les dirigeants du sidérurgiste avaient fait part de leur intention de verser du "cash" aux actionnaires. L'objectif étant de fidéliser ces derniers et de rendre moins attrayant le prix offert par *Mittal Steel*. Ainsi, contrairement au versement du dividende ordinaire de 1.2 euros prévu lors de l'Assemblée Générale du 16 février 2006, le Conseil d'Administration d'Arcelor avait proposé à l'Assemblée Générale du 28 avril 2006, le versement d'un dividende majoré de 1.85 euros⁵⁹⁷.

576. Si la fidélisation de l'actionnariat peut être un outil envisageable quant à la défense d'une entreprise stratégique, il faut préciser cependant que son efficacité reste relative. En effet, les actionnaires ne refuseront de céder leurs actions que si l'avantage financier que constitue le relèvement du dividende est supérieur à la plus-value qu'il tirerait en cas d'acceptation de l'offre émanant de l'entreprise acquéreuse.

577. Conscientes des insuffisances de cette technique, les parties au contrat social dont l'État peuvent lui adjoindre d'autres mécanismes, à l'instar des tempéraments aux principes de libre négociabilité et de libre cessibilité des titres.

b) Les tempéraments aux principes de libre négociabilité et de libre cessibilité des titres

578. Ces tempéraments, permis par l'un des principes fondamentaux de notre droit, à savoir celui

⁵⁹⁵ Article L-225-197-1 du Code de commerce. Sur l'actionnariat salarié, voir Jean-Philippe Dom, "L'attribution gratuite d'actions", *Revue sociétés* 2006, p.31. ; Nicolas Moizard, "L'actionnariat des salariés", *Droit social* 2014, p. 561.

⁵⁹⁶ Article L-232-18 du Code de commerce.

⁵⁹⁷ Les Echos n° 19641 du 05 avril 2006, p.18.

de l'autonomie de la volonté, permettent de limiter, voire d'interdire la cession des titres. Et de ce point de vue, si dans certaines sociétés - SARL par exemple - dans lesquelles l'*intuitu personae* impose des restrictions à la libre cessibilité des actions, dans d'autres - sociétés par actions -, les titres donnant accès au capital sont soumis aux principes de libre négociabilité et de libre cessibilité. Cependant, dans ces dernières, des accords contractuels - statuts, accords extrastatutaires - peuvent permettre de restreindre la cession des titres, afin d'y introduire une part d'*intuitu personae* et de stabiliser l'actionnariat. Plusieurs types de conventions permettront de satisfaire cet objectif.

579. Tout d'abord la convention d'agrément⁵⁹⁸, qui est notamment la procédure par laquelle les associés de certaines sociétés approuvent ou refusent la cession ou la transmission de parts ou d'actions à une personne, ou s'opposent à l'admission de nouveaux associés. À ce sujet, s'agissant des sociétés par actions simplifiées, le Code de commerce prévoit expressément en son article L-227-14, que "*les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société*". Dans le même sens, l'article L-228-23 du même code dispose que "*dans une société dont les titres de capital ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé, la cession de titres de capital ou de valeurs mobilières donnant accès au capital, à quelque titre que ce soit peut être soumis à l'agrément de la société*". On en déduit que cette clause est interdite lorsque les titres de la société sont admis aux négociations sur un marché réglementé⁵⁹⁹, ce qui montre la relativité de cet outil, compte tenu du fait que la plupart des entreprises stratégiques font appel public à l'épargne sur les marchés financiers.

580. Cette précision faite, si l'article L-228-23 du Code de commerce prévoit les clauses statutaires d'agrément, est-il possible pour les parties au contrat social d'une société par actions dont

⁵⁹⁸ Sur la clause d'agrément, voir Sophie Schiller, "*Pactes d'actionnaires (Clauses statutaires et pactes extrastatutaires)*", Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, février 2009 (dernière mise à jour : juin 2014). ; Hervé Le Nabasque, "*Agrément de cessions d'actions et exclusion d'actionnaire*", RJDA mars 1995, p. 200. ; Catherine Malecki, "*Le remaniement du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004*", Recueil Dalloz 2004, p. 2775. ; Gérard Mazet, "*Les clauses statutaires d'agrément*", in La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions, RJ com. novembre 1990, n° spéc., p. 67. ; Alain Theimer, "*Les clauses d'agrément*", JCP E 2005, p. 1587.

⁵⁹⁹ Lamy droit du financement, édition 2014.

l'État, de s'engager dans un pacte extrastatutaire visant à soumettre à agrément toute cession et transmission de titres? À ce sujet, force est de constater que le caractère impératif de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966⁶⁰⁰, et notamment l'impérieuse nécessité de respecter le caractère ouvert des sociétés anonymes, conduisait historiquement la doctrine à douter de la licéité de tels pactes. Mais, un auteur a pu ainsi dire que "*la validité du pacte adjoint est à l'abri de toute contestation tant qu'il est autonome par rapport aux statuts. En revanche, dès l'instant où cette autonomie disparaît, les effets qu'ils développent se superposant au pacte social dont ils viennent fausser l'exécution et vider de toute substance la conformité avec le droit des sociétés, forcent le cadre dans lequel devrait les contenir le principe de la relativité des contrats et deviennent alors inacceptables*"⁶⁰¹. Or, plusieurs décisions⁶⁰² ont pu reconnaître, dans le prolongement d'un arrêt de la Cour de Cassation du 12 mai 1975⁶⁰³, l'autonomie des conventions extrastatutaires qui ne participent pas du caractère institutionnel attaché aux dispositions statutaires et qui, faute d'interdit légal, relèvent de la liberté contractuelle.

581. Au total, il semble donc que dans les sociétés par actions, les actionnaires, dont l'État, peuvent conclure des pactes extrastatutaires d'agrément, à la condition cependant que ces derniers soient autonomes par rapport aux statuts.

582. Sur un tout autre plan, pour stabiliser l'actionnariat, l'État actionnaire peut voter en faveur de clauses statutaires ou conclure des pactes de préemption ou de préférence⁶⁰⁴. Ces clauses ou pactes, qui imposent aux actionnaires qui veulent quitter la société, d'offrir d'abord leurs actions au bénéficiaire de la préemption, ne semblent pas avoir le même contenu. Ainsi, leur

⁶⁰⁰ JORF du 26 juillet 1966, p. 6402. Cette loi a mis un terme aux hésitations jurisprudentielles et doctrinales en réglementant l'introduction des clauses d'agrément dans les statuts des sociétés par actions.

⁶⁰¹ Jacques Moury, "*Des clauses restrictives de libre négociabilité des actions*", RTDcom. 1989, spéc. n° 17, p. 187 et suiv.

⁶⁰² TGI Angers, 20 mai 1986, Dalloz 1987, somm., p. 392, note J.C. Bousquet. Jugement confirmé par CA Angers, 20 septembre 1988, Bulletin Joly Sociétés 1988, p. 850.

⁶⁰³ Cass. comm. 12 mai 1975, RTDcom. 1976, p. 530, note Roger Houin.

⁶⁰⁴ En ce sens, voir Sophie Schiller, "*Pactes d'actionnaires (Clauses statutaires et pactes extrastatutaires)*", op. cit. ; Jean-Pierre Bouère, "*Quelques remarques sur les clauses de préemption statutaires réservées à une catégorie déterminée d'actionnaires*", Bulletin. Joly 1992, p. 376. ; Yves Chartier, "*Les clauses de préférence et de préemption en cas de cession à des tiers*", in La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions, RJ com. novembre 1990, n° spéc., p. 77. ; Maria-Beatriz Salgado, "*Le régime des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires des sociétés anonymes*", Droit des sociétés mars 2003, p. 5.

principale différence serait le moment où ils sont appelés à jouer⁶⁰⁵. De ce point de vue, la clause ou le pacte de préférence n'implique pas nécessairement que le vendeur potentiel ait déjà trouvé un acheteur, alors que le droit de préemption suppose qu'un contrat de vente ait déjà été signé, mais que son bénéficiaire se substitue à l'acquéreur.

583. Cette précision faite, s'agissant des clauses statutaires de préemption ou de préférence, il faut dire qu'en France, la loi est muette quant à leur légalité. Cependant, la jurisprudence⁶⁰⁶ et la doctrine admettent, sous conditions, leur validité. Elles doivent ainsi être imposées à tous les actionnaires. Ensuite les délais prévus par de telles clauses doivent être raisonnables. À ce sujet, certains juges ont pu faire le parallèle avec la réglementation concernant les clauses d'agrément⁶⁰⁷. De plus, ces clauses doivent fixer les conditions de prix auxquelles la préemption s'exercera. Enfin, la doctrine a recommandé de n'accepter de telles clauses que si elles laissent la possibilité au cédant de vendre ses actions à un tiers en cas de non-exercice de la préférence, afin de ne pas maintenir l'actionnaire prisonnier⁶⁰⁸. Bien que contraires aux principes régissant le marché, ces clauses peuvent même être insérées dans les statuts des sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé. Une telle faculté a pu emporter l'adhésion de certains auteurs⁶⁰⁹.

584. Quant aux pactes de préférence ou de préemption extrastatutaires, leur validité a été reconnue en France depuis un arrêt rendu par la Cour de Cassation du 7 mars 1989⁶¹⁰. Si la haute juridiction ne s'est pas plus étendue sur les critères de validité de tels pactes, force est de constater qu'un auteur⁶¹¹, se référant à la doctrine, a pu mettre en exergue les raisons permettant de valider de tels accords. Selon cet auteur, dans les sociétés dont les titres ne sont pas inscrits sur un marché réglementé, le droit commun des sociétés et le droit des obligations

⁶⁰⁵ En ce sens, Y Chartier, *Les clauses de préférence et de préemption en cas de cession à des titres*, in la stabilité du pouvoir dans les sociétés, op. cit.

⁶⁰⁶ TGI Dijon, 8 mars 1977, Dalloz 1977, p. 482, note J.-C. Bousquet.

⁶⁰⁷ CA Paris, 14 mars 1990, aff. *la Cinq*, Bulletin Joly 1990, p.325, note Paul Le Cannu.

⁶⁰⁸ Michel Jeantin, *Les clauses de préemption statutaires entre actionnaires*, JCP E 1991, p. 158.

⁶⁰⁹ Anne Charvériat, Alain Couret, Bruno Zabala et Barthélemy Mercadal, *Sociétés commerciales*, 2012, Mémento pratique Francis Lefebvre, 43^{ème} éd.

⁶¹⁰ Cass. Com. 7 mars 1989, Aff. *Saïmag*, Rev. sociétés 1989, p. 478, note Laurent Faugérolas.

⁶¹¹ Sophie Schiller, *Pactes d'actionnaires (Clauses statutaires et pactes extrastatutaires)*, op. cit.

plaident en faveur de l'admission de telles conventions, car elles ne sont pas expressément interdites. De plus, elles sont admises par le droit des obligations qui régit a priori le droit des sociétés. Enfin, elles ont pour effet d'éviter l'intrusion d'étrangers indésirables dans la société, assurant par voie de conséquence la pérennité de cette dernière et la garantie de l'intérêt social. Toujours selon cet auteur, dans les sociétés dont les titres sont inscrits sur un marché réglementé, les accords de préférence et de préemption sont un moyen de lutte contre les offres publiques d'achat. Il faut cependant préciser que la protection que procure de tels pactes reste moins efficace que celle qu'apporte les clauses statutaires de préférence ou de préemption, car leur violation se résout en dommages et intérêts, sauf collusion frauduleuse. Cette différence de régime ressort clairement de l'arrêt précité du 7 mars 1989 qui a censuré la Cour d'Appel pour avoir sanctionné une obligation de faire par une exécution en nature en l'absence de collusion frauduleuse, alors que le cessionnaire ignorait l'existence du pacte. La solution aurait été autre si la clause était statutaire, le cessionnaire pouvant plus difficilement invoquer sa bonne foi et l'ignorance du contenu des statuts.

585. Dans le même ordre d'idées, pour stabiliser l'actionnariat d'une entreprise stratégique, l'État, à l'instar de tout actionnaire, peut conclure des conventions d'inaliénabilité⁶¹². Une telle faculté est permise en France dans les sociétés par actions simplifiées et dans les sociétés européennes, à la condition de ne pas prévoir une inaliénabilité supérieure à dix ans⁶¹³. Dans les autres formes sociales, il est permis d'envisager la validité d'une telle clause par application du principe civil applicable aux conventions d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué. Selon ce principe, ces conventions ne sont autorisées qu'à la condition d'être limitées dans le

⁶¹² Sur les conventions d'inaliénabilité, voir Sophie Schiller, "*Pactes d'actionnaires (Clauses statutaires et pactes extrastatutaires)*", op. cit. ; Hélène Conchon, "*Les clauses d'inaliénabilité : l'intérêt légitime à l'épreuve du temps*", LPA 15 avril 2002, p. 6. ; Renaud Mortier, "*L'inaliénabilité généralisée au service des sociétés*", Actes pratiques 2008, n°2, p. 1 ; "*La nouvelle aire des clauses d'inaliénabilité*", JCP N 2008, p.1064.

⁶¹³ Code de commerce, article L-227-13, pour les sociétés par actions simplifiées, et article L-229-11 pour les sociétés européennes. La sanction de la violation de la clause d'inaliénabilité dans ces sociétés sera la nullité de la cession intervenue, même en l'absence de collusion frauduleuse entre les parties, c'est à dire même si le tiers n'avait pas connaissance de la clause (Code de commerce, article L-227-15, pour les sociétés par actions simplifiées, et article L- 229-1, al. 2, pour les sociétés européennes).

temps, et justifiées par un motif légitime et sérieux⁶¹⁴. De ce point de vue, la doctrine majoritaire admet que dans les sociétés par actions, la convention d'inaliénabilité peut servir l'intérêt social et constituer un intérêt légitime. Il faut cependant préciser que seules les conventions sous forme de pactes extrastatutaires semblent à même d'être conclues dans les sociétés par actions⁶¹⁵. Mais, est-il possible de conclure des conventions extrastatutaires d'inaliénabilité dans les sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé? La pratique a pu montrer que ce type de conventions permet par exemple de stabiliser le cours d'un titre après son introduction en bourse. En France, lorsque ces conventions sont conclues dans ce type de sociétés, elles doivent être transmises à la société et à l'AMF⁶¹⁶.

586. Au total l'État peut, dans les sociétés dont les titres sont inscrits ou non sur un marché réglementé, signer avec d'autres actionnaires, des pactes extrastatutaires d'inaliénabilité. Il peut tout aussi bien, lorsqu'est en jeu la protection d'une entreprise stratégique revêtant la forme d'une Société par Actions Simplifiée ou d'une Société Européenne, voter en faveur de l'adoption statutaire de telles clauses.

587. Reste qu'en période d'offre publique d'achat, la pertinence de ces tempéraments quant à l'objectif de défense d'une entreprise peut être relative depuis l'adoption de la directive européenne sur les offres publiques d'acquisition⁶¹⁷. L'article 11 de cette directive neutralise les défenses précédant l'offre en rendant les restrictions au transfert d'actions inutilisables pendant la période d'acquisition. L'article 12 de cette même directive, autorise les sociétés qui sont soumises à la règle de neutralisation des restrictions à ne pas l'appliquer lorsqu'elles sont confrontées à une offre publique d'acquisition d'un offrant qui n'est pas soumis à la même règle.

⁶¹⁴ Code Civil, article 900-1.

⁶¹⁵ Il faut cependant noter que seule la personne dans l'intérêt de laquelle l'inaliénabilité a été stipulée peut invoquer l'existence de la convention. La sanction de la violation d'un tel pacte sera la nullité de la cession, à la condition que le tiers acquéreur soit de mauvaise foi, c'est à dire qu'il ait eu connaissance de l'existence du pacte. ce qui suppose évidemment qu'il ait été publié.

⁶¹⁶ Code de commerce, article L-233-11. ; Règlement général AMF, article 231-5.

⁶¹⁷ Directive n° 2004/25/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition, JOUE n° L 142/12 du 30 avril 2004.

588. Selon un rapport⁶¹⁸ de la Commission, trois pays⁶¹⁹ seulement ont transposé intégralement l'article 11, alors que plus de la moitié des États membres⁶²⁰ ont transposé l'article 12. C'est donc dire que le constat de l'efficacité relative des restrictions à la libre cessibilité des titres doit être tempéré. En France par exemple, force est de constater que la loi reste protectrice des entreprises, car l'article 11 n'a été transposé que partiellement. En effet, la loi du 31 mars 2006⁶²¹ a pu suspendre l'effet des clauses qui, insérées dans les statuts de la société, comporteraient des restrictions au droit de négocier librement les titres, à l'exemple des clauses d'agrément, de préemption, ou encore d'inaliénabilité. En effet, sauf lorsqu'elles résultent d'une "obligation législative", la loi répute désormais "inopposables à l'auteur de l'offre pour les titres qui lui seraient apportés dans le cadre de son offre", les clauses des statuts d'une société dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé, et prévoyant des restrictions au transfert des dites actions⁶²². Les autres clauses, notamment celles insérées dans les pactes extrastatutaires conclus après le 21 avril 2004⁶²³, sont laissées à l'appréciation de la société qui, aux termes de l'article 15 de la loi du 31 mars 2006, peut prévoir dans ses statuts que leurs effets seront inopposables⁶²⁴ à l'offrant. A l'inverse, pour les clauses insérées dans des pactes conclus avant le 21 avril 2004, c'est le droit antérieur qui s'applique. De telles clauses ne produiront des effets qu'à la condition qu'elles aient été transmises à l'AMF dans un délai de cinq jours de bourse à compter de la signature du pacte - qui les renferme -, lorsqu'elles prévoient "des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions admises à la négociation sur un marché réglementé, et qu'elles portent sur au moins 0,5 % du

⁶¹⁸ Rapport De Le Commission au Parlement Européen, au Conseil, Au Comité économique et Social Européen et au comité des régions sur l'application de la directive 2004/25/CE concernant les offres publiques d'acquisition, 26 juin 2012, COM(2012) 347 final. Voir aussi Philippe Portier, "La transposition de la Directive dans l'Union européenne : état des lieux huit mois après la date prévue", RLDA, avril 2007, n° 15, p. 78.

⁶¹⁹ Estonie, Lettonie et Lituanie.

⁶²⁰ L'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal et la Slovaquie.

⁶²¹ JORF n° 78 du 1 avril 2006, p. 4882.

⁶²² Article 14 de la loi du 31 mars 2006, article L-233-34 du Code de commerce.

⁶²³ Date de l'adoption de la directive européenne relative aux offres publiques d'acquisition.

⁶²⁴ Article L-233-35 du Code de commerce.

capital ou des droits de vote de la société"⁶²⁵. A défaut de transmission, les effets de ces clauses sont suspendus, en période d'offre publique, et les parties déliées de leur engagement⁶²⁶.

589. Pour ce qui est de l'application de l'exception de réciprocité aux restrictions à la libre cessibilité des titres, la loi française reste muette. Un auteur⁶²⁷ a pu dire de cette exception qu'elle ne présente "*aucune automaticité s'agissant de sociétés qui n'appliqueraient pas les règles posées à l'article 11 de la Directive*", mais qu'une telle absence d'automaticité "*ne prive pas lesdites sociétés de la possibilité de conditionner volontairement la neutralisation de clauses statutaires ou contractuelles à l'existence de règles comparables s'appliquant à l'initiateur (...)*".

590. De ces observations, on déduit que la législation française permet aux actionnaires des sociétés cotées, de ne pas voter des dispositions statutaires neutralisant les clauses extrastatutaires restrictives de libre cessibilité des titres conclues après le 21 avril 2004, ou permet de faire valoir de telles clauses lorsqu'elles ont été conclues avant le premier avril 2004 et qu'elles ont été dûment notifiées, ou enfin autorise⁶²⁸ toute société cible à ne pas appliquer les dispositions de l'article 11 de la directive lorsque l'offrant ne l'applique pas lui-même. De plus, si la force protectrice des tempéraments à la libre cessibilité des titres d'une entreprise dont les titres sont inscrits sur un marché réglementé est relativisée en période d'offre, du moins dans les pays qui ont intégralement transposé l'article 11 de la directive sur les offres publiques d'achat⁶²⁹, il n'en demeure pas moins que dans les entreprises dont les titres ne sont pas inscrits sur un marché réglementé, ces tempéraments gardent toute leur efficacité, et permettent de stabiliser l'actionnariat.

591. Outre les mécanismes permettant de dissuader les parties au contrat social de céder leurs

⁶²⁵ Article L-233-11, al. 1 du Code de commerce.

⁶²⁶ Art. L. 233-11, al. 1 du Code de commerce

⁶²⁷ Philippe Portier "*La transposition de la Directive dans l'Union européenne : état des lieux huit mois après la date prévue*", op. cit.

⁶²⁸ Mais la question reste ouverte.

⁶²⁹ L'Estonie, la Lettonie, la Lituanie.

titres, il est possible pour les actionnaires, dont l'État, de mettre en œuvre des outils permettant la dissuasion à l'acquisition des titres.

2) La dissuasion à l'acquisition des titres

592.Aux fins de défendre une entreprise contre toute tentative de prise de contrôle notamment étranger, le droit des sociétés fournit des outils financiers (**a**) et/ou juridiques (**b**), permettant de dissuader toute l'acquisition des titres de cette dernière.

a) Les outils financiers

593.La relation ou la dilution du capital, les bons d'offre, la défense "PACMAN" et le recours au chevalier blanc, permettent de défendre une entreprise stratégique par la dissuasion à l'acquisition des titres.

594.La relation ou dilution du capital est une technique financière traduite par le rachat de ses actions⁶³⁰ par l'entreprise cible. Un tel mécanisme est prévu en France par l'article L-225-206-II du Code de commerce qui dispose que "(...) *L'achat par une société de ses propres actions est autorisé dans les conditions et selon les modalités prévues aux articles L. 225-207 à L. 225-217. (...)*". Traduisant cette exception, les articles L-225-209 et L-225-209-2 du Code de commerce ouvrent la faculté à l'Assemblée Générale des sociétés cotées et non cotées, d'autoriser le rachat par ces dernières de leurs propres titres. L'article L-225-209 dispose en effet que "*L'assemblée générale d'une société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation qui se soumet aux dispositions législatives ou réglementaires visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations de cours et la diffusion de fausses informations dans les conditions prévues par le règlement général de l'Autorité des marchés*

⁶³⁰ En ce sens, voir notamment Laurence Ladoux "Rachat par une entreprise de ses propres titres : quel encadrement juridique et fiscal ?", Les Nouvelles Fiscales, décembre 2011, n° 1079, p. 19-22. ; Frédérique Perrotin, "Rachat par une société de ses propres titres, une nouvelle instruction clarificatrice", LPA, novembre 2006, n° 225, p. 3-5. ; Renaud Mortier, "Le rachat d'actions en mouvement", Revue droit des sociétés avril 2006, n° 4, p. 5-8.

financiers, figurant sur une liste arrêtée par cette autorité dans les conditions fixées par son règlement général, peut autoriser le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à acheter un nombre d'actions représentant jusqu'à 10 % du capital de la société". Quant à l'article L. 225-209-2, il dispose que "Dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation qui se soumet aux dispositions législatives ou réglementaires visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations de cours et la diffusion de fausses informations, l'assemblée générale ordinaire peut autoriser le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à acheter les actions de la société, pour les offrir ou les attribuer :

— dans l'année de leur rachat, aux bénéficiaires d'une opération mentionnée à l'article L. 225-208 ou intervenant dans le cadre des articles L. 3332-1 et suivants du code du travail ;

— dans les deux ans de leur rachat, en paiement ou en échange d'actifs acquis par la société dans le cadre d'une opération de croissance externe, de fusion, de scission ou d'apport ;

— dans les cinq ans de leur rachat, aux actionnaires qui manifesteraient à la société l'intention de les acquérir à l'occasion d'une procédure de mise en vente organisée par la société elle-même dans les trois mois qui suivent chaque assemblée générale ordinaire annuelle.

Le nombre d'actions acquises par la société ne peut excéder :

— 10 % du capital de la société lorsque le rachat est autorisé en vue d'une opération prévue au deuxième ou quatrième alinéa du présent article ;

— 5 % du capital de la société lorsque le rachat est autorisé en vue d'une opération prévue au troisième alinéa.

L'assemblée générale ordinaire précise les finalités de l'opération. Elle définit le nombre maximal d'actions dont elle autorise l'acquisition, le prix ou les modalités de fixation du prix ainsi que la durée de l'autorisation, qui ne peut excéder douze mois".

595. Cette précision légale faite, la technique de rachat de ses propres actions par une entreprise interroge quant à sa pertinence et à l'opportunité d'y recourir.

596. S'agissant de la pertinence, le rachat par une entreprise de ses propres actions a tout d'abord pour effet indirect d'assécher le marché, et par voie de conséquence de diminuer le nombre de titres traités. En diminuant ainsi le flottant, l'entreprise parvient à contracter les masses de titres disponibles. L'initiateur d'une OPA hostile verra diminuer de ce fait ses chances d'acheter l'entreprise cible faute de titres en suffisance sur le marché. De plus, le rachat d'actions permet une relution du capital, qui va entraîner l'augmentation du bénéfice par action, et ainsi rendre plus onéreuse la tentative de prise de contrôle par une société étrangère. Mais le rachat d'actions peut aussi être fait en faveur des salariés de la société⁶³¹. Sous le couvert d'une action à portée sociale, ce rachat peut d'autant plus rendre davantage difficile l'acquisition d'actions par des investisseurs notamment étrangers, que les salariés seront moins enclins à céder leurs participations dans leur outil de travail.

597. Reste que ce procédé est grevé de limites qui montrent sa relative pertinence quant à l'objectif de défense d'une entreprise menacée de passage sous pavillon étranger. En effet, une société ne peut posséder directement ou par l'intermédiaire d'une personne agissant en son nom propre, mais pour le compte de ladite société, plus de 10% du total de ses propres actions, ni plus de 10% d'une catégorie déterminée⁶³². Ce pourcentage est ramené à 5% pour les

⁶³¹ Article L-225-209 alinéa 5 du Code de commerce, article L-225-209-2 al. 1 du Code de commerce, combinés aux articles L-3332-1 et suivants du Code du travail

⁶³² Article L-225-210 du Code de commerce.

opérations de croissance externes. À ce sujet, l'article L-225-209 alinéa 6 du Code de commerce dispose que "*Le nombre d'actions acquises par la société en vue de leur conservation et de leur remise ultérieure en paiement ou en échange dans le cadre d'une opération de fusion, de scission ou d'apport ne peut excéder 5 % de son capital. Ces dispositions sont applicables aux programmes de rachat soumis à l'approbation des assemblées générales se tenant à compter du 1er janvier 2006*".

598. Outre ces limites, il faut dire que la relativité de la force protectrice du rachat d'actions se vérifie tout aussi bien en période d'offre publique. En effet, en pareil cas, l'article 9 de la directive européenne sur les offres publiques d'acquisitions, donne compétence exclusive à l'Assemblée Générale des actionnaires quant à certains actes susceptibles de faire échouer l'offre. Mais, cette relativité est tempérée en droit français. Dans les sociétés cotées en effet, l'article L-233-32-I du Code de commerce permet aux dirigeants - Conseil d'administration ou Directoire, après autorisation du Conseil de Surveillance -, à la condition qu'ils aient reçu un mandat de l'Assemblée Générale de "*prendre toute décision dont la mise en œuvre est susceptible de faire échouer l'offre*". C'est donc dire que les actionnaires d'une entreprise stratégique dont l'État, peuvent préventivement voter en Assemblée Générale, des dispositions accordant des pouvoirs aux dirigeants quant aux mesures susceptibles de faire échouer une éventuelle offre. Ce qui montre bien que la loi n° 2014-384 du 29 mars 2014⁶³³ visant à reconquérir l'économie réelle a quelque peu renforcé la capacité des entreprises françaises à se défendre, car la faculté offerte aux dirigeants de déployer les moyens de défense anti-OPA a ceci d'intéressante que ces derniers sont plus réactifs. Cet effet protecteur est d'autant plus renforcé qu'en période d'offre, le principe de suspension des délégations de mesures et la nécessité d'approbation par l'Assemblée Générale des décisions n'étant pas totalement ou partiellement mises en œuvre, ont été supprimés de l'article L-233-32 du Code de commerce et renvoyés sous une forme édulcorée à l'article L-233-33 de ce même code. En effet les

⁶³³ JORF n°0077 du 1 avril 2014 p. 6227.

paragraphe 1 et 2 de cette dernière disposition précise que *"les statuts d'une société dont des actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé peuvent prévoir que, en période d'offre publique, les mesures prévues aux I et II du même article L. 233-32 doivent être autorisées préalablement par l'assemblée générale et que toute délégation d'une mesure dont la mise en œuvre est susceptible de faire échouer l'offre, hormis la recherche d'autres offres, accordée par l'assemblée générale avant la période d'offres, est suspendue en période d'offre publique"*, et que *"(...) les statuts d'une société dont des actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé peuvent prévoir que, en période d'offre publique, toute décision du conseil d'administration, du directoire après autorisation du conseil de surveillance, du directeur général ou de l'un des directeurs généraux délégués, prise avant la période d'offres, qui n'est pas totalement ou partiellement mise en œuvre, qui ne s'inscrit pas dans le cours normal des activités de la société et dont la mise en œuvre est susceptible de faire échouer l'offre doit faire l'objet d'une approbation ou d'une confirmation par l'assemblée générale"*. C'est donc dire qu'en période d'offre, en l'absence de clauses statutaires contraires, toute délégation d'une mesure, et/ou toute décision n'étant pas totalement ou partiellement mise en œuvre, notamment afférentes au rachat par l'entreprise de ses propres actions, peuvent suivre leur cours. Une telle circonstance semble d'autant plus conforter la portée protectrice de la législation française, que le paragraphe III de l'article L-233-33 du Code de commerce, traduit le principe de réciprocité fixé par l'article 12 de la directive sur les offres publiques⁶³⁴, et précise que *"Les statuts peuvent prévoir que les I et II du présent article s'appliquent à toute offre ou uniquement lorsque l'offre est engagée par des entités, agissant seules ou de concert au sens de l'article L. 233-10, ou qui sont respectivement contrôlées, au sens des II ou III de l'article L. 233-16, par des entités, dont le conseil d'administration, le conseil de surveillance, à l'exception de leur pouvoir de nomination, le directoire, le directeur général ou l'un des directeurs généraux délégués de la société visée doivent également obtenir l'approbation*

⁶³⁴ Op. cit.

préalable de l'assemblée générale pour prendre toute mesure dont la mise en œuvre est susceptible de faire échouer l'offre, hormis la recherche d'autres offres".

599. Autre technique financière permettant de dissuader les investisseurs notamment étrangers d'acquérir les titres d'une entreprise, est l'attribution gratuite aux actionnaires de bons d'offre. Considérés comme une sous-catégorie de bons de souscription d'actions, ces instruments financiers prévus par l'article L-233-32⁶³⁵ du Code de commerce entraînent une dilution du capital, ce qui, tout comme le rachat par la société de ses actions, rend d'avantage onéreuse l'acquisition de contrôle. En ce sens, un auteur⁶³⁶ a pu dire, qu'à supposer une émission de bons en nombre égal à celui des actions en circulation⁶³⁷, même si l'offrant parvenait à acquérir la totalité du capital - soit 100% -, il ne disposerait en réalité que du tiers du capital.

600. Subordonné à l'autorisation de l'Assemblée Générale Extraordinaire statuant à des conditions de majorité et de quorum ordinaire, ce type de défense est d'autant plus pertinent quant à l'objectif de protection d'une entreprise contre les tentatives hostiles de prise de contrôle, qu'il peut être mis en œuvre durant le déroulement de l'offre publique d'achat, et qu'il ne laisse aucune trace⁶³⁸. C'est donc dire que, si l'on admet l'État au statut d'actionnaire ordinaire, on conçoit que ce dernier puisse par son vote, favoriser la mise en œuvre de cette technique de défense.

601. Dans le même sens, la réalité du patriotisme économique montre qu'il est possible de mettre en œuvre d'autres techniques qui intègrent notamment, celles visant à rendre la cible moins attrayante, ou encore à mener une contre-OPA - défense *PACMAN*.

602. La première technique avait été mise en œuvre par *Arcelor* pour dissuader *Mittal Steel* de mener à terme sa tentative de prise de contrôle hostile. *Arcelor*, avait rendu impossible la vente

⁶³⁵ Selon le paragraphe II de cette disposition, " (...), l'assemblée générale extraordinaire de la société visée, statuant dans les conditions de quorum et de majorité prévues à l'article L. 225-98, peut décider l'émission de bons permettant de souscrire, à des conditions préférentielles, à des actions de ladite société, et leur attribution gratuite à tous les actionnaires de cette société ayant cette qualité avant l'expiration de la période d'offre publique".

⁶³⁶ Daniel OHL, "Les bons d'offres : la fin des OPA hostiles ?" Bulletin July 1^{er} septembre 2006, n°5, p. 527.

⁶³⁷ Un bon donnant droit à deux actions.

⁶³⁸ Les bons d'offre sont en effet caducs en cas d'échec de l'offre.

de sa filiale *Dofasco* en la transférant à une fondation, forme de société néerlandaise conçue pour bloquer les ventes et les achats non désirés⁶³⁹.

603.La seconde technique quant à elle, avait été mise en œuvre par *Elf Aquitaine* qui, pour contrer l'OPA lancée par *Total*, avait à son tour déclenché la même opération sur cette dernière.

604.Dans le même ordre d'idées, les dirigeants de la société cible, qui ne sont pas favorables à une offre publique d'achat, peuvent recourir au chevalier blanc. Cette technique, qui consiste à rechercher une offre concurrente sensée être soucieuse des intérêts de la société et des actionnaires, n'a pas à être autorisée par l'Assemblée Générale⁶⁴⁰. Le recours au chevalier blanc peut rendre l'acquisition de contrôle davantage onéreuse, ce qui peut être un facteur décourageant pour l'offrant. À ce sujet, lors de l'OPA de *Mittal Steel* sur *Arcelor*, et suite au recours à *Severstal* comme chevalier blanc, *Mital* a dû revaloriser son offre initiale de 6.7 milliard à 18.6 milliard d'euros⁶⁴¹. Mais, Il n'en demeure pas moins que la recherche du chevalier blanc est grevée d'inconvénients qui montrent, si besoin est, sa relative pertinence quant à l'objectif de défense d'une entreprise contre une OPA hostile. Pour exemple, dans l'exemple précité, *Arcelor* a dû dédommager *Severstal* en lui versant 180 millions d'euros suite au succès de l'offre de *Mittal Steel*.

605.Outre les outils financiers, il est possible de mettre en œuvre des outils juridiques pour éviter le passage d'une entreprise stratégique sous pavillon étranger.

b) Les outils juridiques

606.Le droit commun des sociétés offre des outils juridiques permettant la dissuasion à l'acquisition des titres d'une entreprise, notamment stratégique. Sans être exhaustif, il est en effet possible, au compte de ces outils, de citer la fusion et le changement ou l'adoption d'une autre forme sociale.

⁶³⁹ Les Echos, 5 avril 2006.

⁶⁴⁰ Article L-233-33 du Code de commerce.

⁶⁴¹ Les Echos, 22 mai 2006.

607.L'adoption ou le changement de la forme sociale d'une entreprise cible, peuvent avoir une vertu protectrice, en ce qu'ils imposent à tout acquéreur, des contraintes liées aux spécificités que présentent la forme juridique adoptée, ou l'entité issue de la transformation. En pratique, l'adoption ou la transformation de l'entreprise stratégique en société en commandite par actions, permet de séparer le capital et le pouvoir entre commandités et commanditaires, et met cette dernière à l'abri de toute prise de contrôle non désirée. En effet, l'obtention éventuelle de la majorité du capital par un tiers ne lui permettra pas nécessairement de contrôler la société.

608.En France par exemple, il est notamment possible de transformer sous conditions, une société anonyme en société en commandite par actions. Cette faculté est permise par l'article L-225-243, al. 1 du Code de commerce qui dispose que "*Toute société anonyme peut se transformer en société d'une autre forme si, au moment de la transformation, elle a au moins deux ans d'existence et si elle a établi et fait approuver par les actionnaires le bilan de ses deux premiers exercices*". En exigeant cependant que la transformation de la société anonyme en société en commandite par actions soit "*décidée dans les conditions prévues pour la modification des statuts et avec l'accord de tous les associés qui acceptent d'être associés commandités*", l'alinéa 3 de l'article L-225-245 du Code de Commerce amoindrit la pertinence du recours à cette faculté aux fins de mettre une entreprise stratégique à l'abri d'une acquisition de contrôle. Il faut en effet pour une telle transformation, obtenir l'accord de tous les associés réunis en Assemblée Générale Extraordinaire. L'État qui entend parvenir à une telle transformation protectrice aura du mal en pratique à obtenir un vote unanime des associés.

609.Il est par contre possible d'envisager préventivement, et ce dès la création de l'entreprise, ou encore au cours de la vie sociale, lorsque l'actionnariat est stable et non dispersé, l'adoption ou la mutation vers cette forme juridique. Pour exemple, la *Compagnie Générale des Etablissements Michelin*, *Euro Disney*, *Lagardère* et *Hermès* ont tous adopté la forme de société commandite par actions.

610.Au total, la société en commandite par actions est une arme anti-OPA à toute épreuve, en ce

qu'elle permet, notamment à des groupes familiaux, de conserver la gestion de leurs affaires même s'ils sont minoritaires au capital. Autrement dit, en cas d'OPA réussie sur une entité ayant adopté cette forme sociale, l'acquéreur n'a pas de pouvoir de décision ni, a fortiori, de gestion. Cette protection découle du fait que deux types d'associés coexistent dans une société en commandite par actions : les commanditaires, qui sont les actionnaires qui apportent les capitaux, mais qui n'ont pas de rôle dans la conduite des affaires, et les commandités qui gèrent la société, et sont indéfiniment responsables des dettes sur leurs biens propres. Concrètement, la société est administrée par un ou plusieurs gérants choisis parmi les commandités ou en dehors d'eux, à l'exception des commanditaires, et contrôlée par un Conseil de Surveillance. De plus, dans ce type de société, l'actionnariat est stable et identifié. En effet, pour céder leurs droits, les commandités doivent avoir l'accord des autres actionnaires. En outre, les associés commanditaires sont titulaires d'actions exclusivement nominatives, ce qui permet de favoriser l'existence de liens directs avec la société.

611. Sur un tout autre plan, la fusion apparaît tout aussi bien comme un instrument permettant de mettre une entreprise à l'abri d'une prise de contrôle non désirée. Cette transformation structurelle est prévue notamment par les articles L-236-1 et suivants du Code de commerce. Selon ces dispositions, une ou plusieurs sociétés de formes différentes, peuvent par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent. L'opération de fusion est intéressante dans l'optique de protection d'une ou plusieurs entreprises, car elle se traduit notamment par l'impossibilité d'acquérir l'absorbée qui disparaît, et par la modification structurelle de l'absorbante qui limite les tentatives d'acquisition de contrôle. Quant aux modalités de la fusion, l'article L-236-2 du Code de commerce précise que cette dernière est décidée "(...), par chacune des sociétés intéressées, dans les conditions requises pour la modification de ses statuts". Le cas de la Fusion *GDF-SUEZ* est une illustration de la pertinence, et du possible recours à cette technique aux fins de protection d'une entreprise. Il n'est un secret pour personne que cette opération était une

réaction politique au caractère "opérable" de Suez, notamment par le groupe italien Enel.

612. Ces précisions faites, la protection des entreprises stratégiques, amène en pratique les États à combiner les procédés permettant de stabiliser l'actionnariat à ceux permettant de conserver le contrôle social.

B) Droit commun des sociétés et conservation du contrôle social

613. Le droit commun des sociétés offre aux actionnaires notamment minoritaires, des outils aptes à permettre le contrôle d'une société. Ce droit de regard accru, qui au demeurant confère une influence allant au delà de la quotité du capital détenue par ces actionnaires, peut être obtenu sur la base de dispositions légales reprises notamment dans les statuts, et/ou grâce à des accords extrastatutaires permis par la liberté contractuelle qui gouverne les relations entre les parties au contrat social. Il importe dès lors de présenter ces outils (1), avant d'évaluer leur pertinence quant l'objectif de défense d'une entreprise stratégique contre toute tentative, notamment étrangère de prise de contrôle (2).

1) Les facultés ouvertes à l'État actionnaire quant à la conservation du contrôle social

614. Dans l'optique de conservation du contrôle social, il est possible pour l'État actionnaire de bénéficier de la dissociation du capital et de la détention du pouvoir de décision par un aménagement du droit de vote. Cette faculté est autorisée en France par l'article L-225-123 du Code de commerce, qui permet aux statuts d'octroyer un droit de vote double pour les actions entièrement libérées en la forme nominative depuis au moins deux ans.

615. A l'opposé, si l'on se réfère à L-228-11 du Code de commerce, il est possible de recourir aux actions de préférence sans droit de vote. Etant entendu que l'alinéa 3 de cette disposition précise que ces actions ne peuvent représenter plus de la moitié du capital social, voire plus du

quart dans les sociétés dont les actions sont admises sur un marché réglementé.

616. Dans le même ordre d'idées, l'article L-225-125 du Code de commerce permet de plafonner le nombre de voix dont chaque actionnaire peut être titulaire dans les assemblées.

617. C'est donc dire que si l'on admet l'État au statut d'actionnaire ordinaire, on conçoit aisément que ce dernier puisse, par son vote en Assemblée Générale, favoriser l'adoption de mesures instituant l'émission d'actions de préférence sans droit de vote, devant par exemple être exclusivement attribuées aux actionnaires privés. On convient davantage que ce dernier puisse, par son vote, favoriser l'adoption de mesures plafonnant les droits de vote, ou lui attribuant des actions à droit de vote double. Dans l'optique de défense d'une entreprise stratégique contre toute tentative étrangère de prise de contrôle, le recours au dernier procédé permettra par exemple à l'État actionnaire, avec une quotité minimale de capital, d'avoir le contrôle social de cette dernière. Cette circonstance est de nature à dissuader un éventuel acquéreur de contrôle, car l'acquisition d'une quantité d'actions, fût-elle importante, ne lui donnera pas nécessairement le pouvoir de contrôle.

618. Plus significative est la possibilité pour l'État d'organiser avec d'autres actionnaires le contrôle social de l'entreprise stratégique, en concluant des pactes d'actionnaires⁶⁴² - Sociétés Anonymes -, ou des pactes d'associés - Sociétés à Responsabilité Limitée. Le pacte d'actionnaires constitue en effet un instrument privilégié pour l'exercice du pouvoir, en particulier dans les Sociétés Anonymes. Il permet la concentration de la direction de la société au profit de certains actionnaires représentant une faible proportion du capital. Cette convention, qui il faut le dire, peut être conclue entre actionnaires, ou entre un ou plusieurs actionnaires et la société, permet aux parties au contrat social, qui individuellement n'auraient pas d'influence sur les décisions prises par la société, d'exercer en commun le contrôle de

⁶⁴²Sur les pactes d'actionnaires voir, Sophie Schiller, "*Pactes d'actionnaires (Clauses statutaires et pactes extrastatutaires)*", op. cit. ; Jean-Jacques Daigre, Dominique Bompont et François Basdevant, "*Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées*", Actes pratiques juillet-août 2002. ; J. Moury, "*Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions*", RTDcom.1989, p. 187. ; Gilbert Parleani, "*Les pactes d'actionnaires*", Revue sociétés 1991, p.1. ; Philippe Petel, "*Les pactes visant à organiser le pouvoir dans la société*", in Les pactes extrastatutaires, JCP E, CDE 13 février1992, suppl. n° 1, p. 58. -

celle-ci, par un accord intervenant en dehors des statuts. Ainsi, dans l'optique de protection d'une entreprise stratégique, l'État actionnaire peut signer avec les autres parties au contrat social, des conventions lui permettant de peser sur la mise en place des organes de direction, et/ou de renforcer ses pouvoirs de contrôle, notamment quant aux décisions stratégiques.

619. S'agissant du contrôle des organes de direction, l'État actionnaire d'une société dont l'actionnariat est notamment diffus, et qui ne dispose pas d'une majorité absolue à l'Assemblée Générale, peut s'appuyer sur les pactes d'actionnaires pour définir qui dirigera l'entreprise et la représentera vis-à-vis des tiers. Le pacte peut ainsi préciser l'identité des dirigeants, ou décrire les modalités de leur désignation. Il peut également poser des exigences particulières quant à leur profil, telles que notamment l'appartenance à la société en tant qu'associé ou salarié, une compétence technique particulière, une ancienneté ou un âge minimum, un nombre maximum de mandats exercés dans d'autres entités. Lorsque coexistent plusieurs associés ou groupes d'associés significatifs, le pacte peut prévoir une codirection, ou encore une direction en alternance. De plus, les pactes d'actionnaires permettent d'organiser les organes collégiaux prévus par la loi - Conseil d'Administration, Directoire, Conseil de Surveillance (dans les sociétés anonymes) -, afin de soumettre les représentants sociaux, pour les mesures sortant de la gestion quotidienne, à une codécision ou une concertation. Le pacte définira alors précisément les modalités des délibérations - quorum, majorité... - au sein de ces organes.

620. S'agissant du contrôle de l'entreprise, les pactes d'actionnaires permettent d'organiser une surveillance étroite de la gestion, et de mettre en place des moyens de contrôle plus efficaces que ceux prévus par la loi. Cette préoccupation qui est souvent partagée par tout associé minoritaire ne disposant pas de pouvoir décisionnel dans la structure, amènera dès lors les signataires du pacte, dont l'État, à mettre en place un organe collégial de surveillance, à étendre le champ de compétence des Assemblées Générales par rapport aux dispositions légales, à renforcer leurs droits de vote aux assemblées - augmentation du nombre de voix, institution d'un droit de veto pour certaines décisions - , à approfondir les droits d'information

prévus par la loi.

621. Cependant, si les outils précédemment évoqués permettent, du moins théoriquement, de conserver le contrôle social d'une entreprise, il n'en demeure pas moins que leur mise en œuvre se heurte à des limites factuelles et juridiques, qui montrent leur relative pertinence quant à l'objectif de conservation du contrôle social.

2) La pertinence, quant à l'objectif de défense d'une entreprise, des procédés permettant la conservation du contrôle social

622. Qu'elle soit statutaire ou extrastatutaire, la possibilité offerte par la loi, ou par la pratique contractuelle, quant à la conservation du contrôle social reste d'efficacité relative. En effet, les procédés permettant d'attribuer, notamment à l'État, des actions à droit de vote double, ou ceux permettant d'émettre, à titre protecteur, des actions sans droit de vote, ou enfin ceux conduisant au plafonnement des droits de vote, sont d'efficacité relative en cas d'offre publique lancée contre une entreprise dont les actions sont admises sur un marché réglementé. En effet, la directive européenne sur les offres publiques d'acquisition⁶⁴³, adoptée le 21 avril 2004, prévoit notamment deux grands principes à savoir: celui de la neutralité des dirigeants - article 9 -, et celui de la neutralisation des défenses antérieures – article 11.

623. Cependant, force est de constater qu'en France, la relativité de ces moyens de défense en période d'OPA était plus marquée sous l'empire de la loi du 31 mars 2006⁶⁴⁴. Aux termes de cette loi en effet, le principe de souveraineté des actionnaires était prégnant pendant la période d'offre. En effet, toute délégation antérieure de l'Assemblée Générale dont la mise en œuvre était susceptible de faire échouer une offre était suspendue. En outre, toute décision des organes dirigeants antérieure à la période d'offre, qui n'était pas totalement ou partiellement exécutée, et qui ne s'inscrivait pas dans le cours normal des activités, devait faire l'objet d'une

⁶⁴³ Op. cit.

⁶⁴⁴ Op. cit.

approbation ou d'une confirmation de l'Assemblée Générale.

624. Cette situation a quelque peu changé avec l'avènement de la loi du 29 mars 2014⁶⁴⁵, car les dirigeants ont désormais la faculté de déployer les mesures de défense anti-OPA, à la condition cependant d'avoir reçu une habilitation de l'Assemblée Générale⁶⁴⁶. De plus, l'article L-233-33 du Code de commerce, en ses paragraphes 1 et 2 dispose que "*les statuts d'une société dont des actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé peuvent prévoir que, en période d'offre publique, les mesures prévues aux I et II du même article L. 233-32 doivent être autorisées préalablement par l'assemblée générale et que toute délégation d'une mesure dont la mise en œuvre est susceptible de faire échouer l'offre, hormis la recherche d'autres offres, accordée par l'assemblée générale avant la période d'offres, est suspendue en période d'offre publique*", et que "*(...) les statuts d'une société dont des actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé peuvent prévoir que, en période d'offre publique, toute décision du conseil d'administration, du directoire après autorisation du conseil de surveillance, du directeur général ou de l'un des directeurs généraux délégués, prise avant la période d'offres, qui n'est pas totalement ou partiellement mise en œuvre, qui ne s'inscrit pas dans le cours normal des activités de la société et dont la mise en œuvre est susceptible de faire échouer l'offre doit faire l'objet d'une approbation ou d'une confirmation par l'assemblée générale*". C'est donc dire qu'en période d'offre, en l'absence de clauses statutaires contraires, toute délégation d'une mesure, et/ou toute décision n'étant pas totalement ou partiellement exécutée, et notamment afférente à la conservation du contrôle social, peut suivre son cours. Une telle circonstance semble conforter la portée protectrice de la législation française, d'autant plus que le paragraphe 3 de l'article L-233-33 du Code de commerce, traduit le principe de réciprocité fixé par l'article 12 de la directive sur les offres publiques⁶⁴⁷, et précise que "*Les statuts peuvent prévoir que les I et II du présent article*

⁶⁴⁵ LOI n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, JORF n°0077 du 1 avril 2014, op. cit.

⁶⁴⁶ Article L-233-32 du Code de commerce.

⁶⁴⁷ Op. cit.

s'appliquent à toute offre ou uniquement lorsque l'offre est engagée par des entités, agissant seules ou de concert au sens de l'article L. 233-10, ou qui sont respectivement contrôlées, au sens des II ou III de l'article L. 233-16, par des entités, dont le conseil d'administration, le conseil de surveillance, à l'exception de leur pouvoir de nomination, le directoire, le directeur général ou l'un des directeurs généraux délégués de la société visée doivent également obtenir l'approbation préalable de l'assemblée générale pour prendre toute mesure dont la mise en œuvre est susceptible de faire échouer l'offre, hormis la recherche d'autres offres".

625.La transposition en France de l'article 11 de la directive européenne sur les offres publiques d'acquisition montre tout aussi bien le potentiel protecteur de la loi française, et confirme les réserves que l'on peut émettre quant au constat de la relative efficacité des outils permettant le contrôle social d'une entreprise dont les titres sont inscrits sur marché réglementé. En effet, cette disposition qui tend à priver d'effet et/ou à rendre inopposables à l'offrant, toutes les restrictions contractuelles ou statutaires apportées notamment à l'exercice des droits de vote, n'a que partiellement été introduite dans l'ordre juridique français, puisque les articles L-233-36 et L-233-37 du Code de commerce disposent que les statuts d'une société dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé "*peuvent*", respectivement "*(...) prévoir que les effets de toute d'une convention conclue après le 21 avril 2004 prévoyant des restrictions à l'exercice des droits de vote attachés à des actions de la société sont suspendus en période d'offre publique visant la société lors des assemblées réunies aux fins d'adopter ou d'autoriser toute mesure susceptible de faire échouer l'offre*" ; ou encore "*(...) prévoir que les effets des restrictions statutaires à l'exercice des droits de vote attachés à des actions de la société sont suspendus en période d'offre publique visant la société lors des assemblées réunies aux fins d'adopter ou d'autoriser toute mesure susceptible de faire échouer l'offre*". C'est donc dire qu'en l'absence d'indication contraire des statuts, les conventions conclues après le 1^{er} avril 2004 et les clauses statutaires, prévoyant des restrictions au droit de vote restent valables lors des assemblées réunies aux fins d'adopter ou d'autoriser toute mesure

susceptible de faire échouer l'offre.

626. Outre ces limites, il est possible de relever quelques faiblesses spécifiques aux conventions extrastatutaires tendant à la préservation du contrôle social. Celles-ci sont relatives à la sanction de leur non respect et à la possibilité d'appréhender les signataires de telles conventions sous le visa de l'action de concert⁶⁴⁸.

627. S'agissant de l'action de concert, prenant acte de deux directives européennes⁶⁴⁹, la France, après un long cheminement jonché de modifications successives, a pu adopter deux définitions de l'action de concert. La première définition, dite "*générale*", est donnée par l'article L-233-10 du Code de commerce qui considère comme agissant de concert, "(...) *les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir, de céder ou d'exercer des droits de votes, pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société ou pour obtenir le contrôle de cette société*". La deuxième, dite "*spéciale*", se trouve à l'article L-233-10-1 du même code, qui énonce qu'"(e)n cas d'offre publique d'acquisition, sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord avec l'auteur d'une offre publique visant à obtenir le contrôle de la société qui fait l'objet de l'offre. Sont également considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord avec la société qui fait l'objet de l'offre afin de faire échouer cette offre". C'est donc dire au vu de ces définitions, qu'il est possible de présumer une action de concert résultant d'un pacte d'actionnaire. Cette présomption étant simple, il faudra nécessairement démontrer que cet accord a pour finalité la poursuite d'une politique commune aux présumés concertistes à l'égard de la société. Cette politique commune s'analysant comme l'intention "*d'obtenir le contrôle*" de la société. De plus, selon la définition de l'action de concert dite "*spéciale*", le réflexe défensif visant à conclure des accords entre une société et ses actionnaires, dont l'État, aux fins de faire échouer

⁶⁴⁸ Sur l'action de concert, voir Dominique Schmidt et Nicolas Rontchevsky "*Action de concert*", Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, décembre 2012 (mise à jour : octobre 2013.).

⁶⁴⁹ N° 88/627/CEE du 12 décembre 1988, relative à l'information à publier lors de l'acquisition et de la cession d'une participation importante dans une société cotée en bourse, et la directive européenne n° 2004/25/CE du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition.

une offre en cours, et d'organiser au demeurant l'évitement du passage de ladite société sous pavillon notamment étranger, peut être appréhendé sous le visa de l'action de concert.

628.Dans les deux cas, la possible qualification de ces accords ou pactes en action de concert, montre leur relative pertinence quant à l'objectif de conservation du contrôle social de l'entreprise. Une telle qualification aura pour conséquence de rendre les signataires solidairement débiteurs des obligations de déclaration de franchissement de seuil et d'information du marché, ainsi que de dépôt obligatoire d'une offre publique.

629.Dans le même ordre d'idées, les pactes ou autres conventions signés entre actionnaires, ou entre ces derniers et la société, ayant une valeur infra statutaire, la question que l'on peut se poser est celle des conséquences juridiques attachées à leur non respect⁶⁵⁰. De ce point de vue, force est de constater que ces conventions ont pour effet de mettre à la charge des signataires un ensemble d'obligations de faire - voter dans un sens déterminé... - ou de ne pas faire - ne pas voter une mesure. S'agissant précisément de ces obligations, l'article 1142 du Code civil dispose que "*toute obligation de faire ou ne pas faire se résout en dommages intérêts*", si bien que la partie à la laquelle la violation du pacte par son cocontractant cause un préjudice peut obtenir des dommages intérêts. Un auteur a pu qualifier cette solution de "*tare congénitale des conventions extrastatutaires*"⁶⁵¹, d'autres auteurs n'ont pas hésité à exprimer de vives critiques⁶⁵² à son encontre.

630.Cependant, si ce principe posé par le code civil montre la relative pertinence des conventions ou pactes conclus en vue de la conservation du contrôle social d'une entreprise, la question que l'on peut se poser est celle de la possibilité pour une partie signataire d'obtenir l'exécution forcée du pacte. En clair, une partie signataire d'une convention mettant par exemple à sa

⁶⁵⁰En ce sens, Sophie Schiller, "*Pactes d'actionnaires (Clauses statutaires et pactes extrastatutaires)*", op. cit. ; Laurence Borhauser-Mitrani, "*La violation d'une clause statutaire*", LPA 8 avril 1998, n° 42, p. 11. ; Hervé Le Nabasque et Georges Terrier, "*L'exécution forcée des pactes d'actionnaires*", Actes pratiques 1994, n° 14, p. 2.

⁶⁵¹Jean-Pierre Bertrel, "*Liberté contractuelle et sociétés*", RTDcom. 1996, p. 595.

⁶⁵²F.-D. Poitral "*L'exécution forcée en nature de promesse de cessions d'actions*", Bulletin July 1995, p 27. ; Philippe Petel, Rapport de synthèse, in Les pactes extrastatutaires, JCP E, CDE 13 février 1992, suppl. n°1, p. 41. ; Astrid Mignon-Colombet, "*L'exécution forcée en droit des sociétés*", préf. Y. Guyon, 2004, Economica.

charge l'obligation de ne pas voter une mesure, ou de voter dans un sens, peut-elle être en cas de non respect de la convention contrainte à une exécution forcée ?

631. Théoriquement, nonobstant les dispositions de l'article 1142 du Code civil, une partie peut obtenir l'exécution forcée d'un pacte d'actionnaires, à condition que celle-ci soit effectivement possible. Dans une espèce jugée par la Cour d'appel de Paris⁶⁵³, les parties à un protocole s'étaient engagées à autoriser, puis à participer à une augmentation de capital. L'une des parties a refusé de voter ladite augmentation de capital. La Cour d'appel a jugé que *"si, aux termes de l'article 1142 du Code civil, une obligation de faire se résout en dommage-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur, il résulte des dispositions suivantes que le créancier a néanmoins le droit de réclamer l'exécution en nature chaque fois que cette exécution est possible, ce qui est le cas en l'espèce"*. La juridiction d'appel confirmait alors le jugement du Tribunal de commerce de Créteil qui avait ordonné la convocation d'une nouvelle assemblée en vue de procéder à cette augmentation de capital, et qui avait par ailleurs condamné la partie défaillante à souscrire à ladite augmentation.

632. Mais, encore faut-il que l'exécution forcée soit possible. Ce qui est loin d'être évident compte tenu de multiples contraintes factuelles et juridiques. En effet, le respect du droit des sociétés, et notamment le régime très strict des nullités des décisions sociales, et la protection des droits légitimes des tiers de bonne foi, peuvent gêner, voire empêcher une exécution forcée. Comment en effet prononcer la nullité d'une décision sociale prise en conformité avec la loi et les statuts ? Comment davantage prononcer une exécution forcée tout en préservant les intérêts de la société elle-même et des actionnaires non parties à l'acte ? De plus, si l'exécution forcée d'un pacte peut être ordonnée lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire qui n'a pas été respectée par une partie, la question est plus complexe lorsqu'on est en présence de la violation d'une obligation de ne pas faire. Dans ce cas, il ne s'agira plus d'imposer le respect d'une obligation non exécutée, mais de défaire ce qui a été fait en contravention au pacte. C'est dans ce sens

⁶⁵³ CA Paris 5ème ch., 30 juin 1995, *Ste Metaleurop c/ Ste Financière Delot et Cie*.

que va l'article 1143 du Code civil. Cette disposition permet en effet au créancier d'une obligation "*de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit*". Toute la question sera alors de savoir s'il est par exemple possible d'annuler une décision votée par un actionnaire signataire d'un pacte qui lui interdisait d'aller dans ce sens.

633.Dans une espèce tranchée par la Cour de cassation⁶⁵⁴, deux actionnaires d'une société avaient conclu un engagement interdisant à chacun d'entre eux d'acquérir seul les actions détenues par un troisième actionnaire, sous peine de nullité de la cession. L'un des deux signataires avait violé à trois reprises cette interdiction, augmentant ainsi à chaque fois sa participation. L'autre partie l'assigna afin que soit ordonnée la cession à son profit de la moitié des actions acquises en violation de l'engagement réciproque.

634.La Cour d'appel de Versailles fit droit à cette demande aux motifs notamment que le retour à la situation antérieure, qui est inhérent à la réparation en nature, ne serait satisfait que par le rétablissement d'une stricte parité dans le nombre d'actions détenues par chaque partie. La Cour de cassation ne manqua pas de censurer l'arrêt d'appel car selon elle, la décision prononcée par ladite juridiction se traduisait en pratique par une augmentation de la participation de la partie demanderesse - et non par un simple rétablissement de l'égalité -, et violait ainsi le principe de réparation intégrale du préjudice et l'article 1143 du Code civil. La Cour d'appel aurait donc du détruire ce qui avait été fait par une des parties en violation de ses engagements contractuels, à savoir annuler les cessions controversées, ce qui aurait permis de restaurer la parité entre les parties. Une telle annulation aurait néanmoins soulevé une autre difficulté, à savoir le préjudice qu'aurait alors subi le cédant des actions, non partie au pacte, qui a pu vendre ses titres en toute bonne foi.

635.Ces observations montrent la complexité du recours possible à une exécution forcée, et révèlent si besoin est, la relative pertinence des pactes et conventions conclus entre actionnaires, ou entre ces derniers et la société, quant à la conservation du contrôle social.

⁶⁵⁴ Cass com., 24 mai 2011 n° 10-24 869, *Ste Véolia Proprete c/ Ste Esterra*.

636.La faculté pour l'État de recourir au droit des sociétés pour renforcer ses prérogatives dans une entreprise qu'il juge stratégique, n'est pas exclusive du recours à des techniques qui lui sont exclusivement réservées.

Paragraphe 2 : Le recours aux mécanismes
dérogatoires du droit commun des sociétés:
l'intervention de la puissance publique dans le
contrat social

637.L'incomplétude des réponses juridiques apportées par les droits nationaux et par le droit de l'Union européenne quant à la différenciation des rôles entre État actionnaire et État puissance publique, permet à ce dernier de faire valoir un statut partiellement exorbitant. Sur la base de ce statut, ce dernier peut, alors même que des personnes physiques ou morales de droit privé sont parties au contrat social, s'appuyer sur la loi pour allègrement défendre une entreprise qu'il juge stratégique.

638.Ainsi, à la différence des procédés du droit commun des sociétés, l'État non actionnaire d'une entreprise stratégique menacée de passage sous pavillon étranger, peut s'appuyer sur sa qualité de puissance publique pour prendre le contrôle de cette dernière (**A**). Il peut tout aussi bien, lorsqu'il est actionnaire, s'appuyer sur la loi pour maintenir son influence dans une entreprise (**B**).

A) État puissance publique et prise de contrôle d'une entreprise privée menacée de passage sous pavillon étranger

639.Lorsqu'une entreprise de droit privé qui revêt un caractère stratégique est menacée de passage sous pavillon étranger, la question que l'on peut se poser est celle de savoir si l'État peut s'appuyer non pas sur les procédés de droit commun- achat d'action, apport partiel d'actifs, transformation de créances en actions... -, mais sur des procédés exorbitants pour prendre le contrôle de cette dernière.

640.A cette interrogation, il est possible de répondre par l'affirmative, car l'État dispose théoriquement d'une arme exorbitante qu'est la nationalisation. Cette technique, qui relève en France de la compétence du législateur en vertu de l'article 34 de la constitution, implique selon le Conseil constitutionnel, "*que le transfert de propriété d'une entreprise résulte d'une décision de la puissance publique à laquelle les propriétaires sont obligés de se plier*"⁶⁵⁵. On en déduit que le dessein de protection d'une entreprise stratégique contre toute tentative de prise de contrôle peut conduire un État à s'appuyer sur la loi pour prendre le contrôle de cette dernière. Il importe cependant de noter que cette faculté n'est pas sans soulever des contraintes factuelles et juridiques. En effet, comme relevé dans nos précédentes observations, une telle opération nécessite le respect de la prohibition des aides d'État posée par le droit de l'Union européenne. De plus, compte tenu de l'étroite marge de manœuvre des États membres en matière budgétaire, le recours à la nationalisation apparaît quelque peu difficile.

641.La faculté pour l'État de s'appuyer sur sa qualité de puissance publique pour prendre le contrôle d'une entreprise, n'est pas exclusive de la possibilité, à lui ouverte, de profiter de l'absence de différenciation claire entre puissance publique et actionnaire, pour renforcer son influence dans cette dernière.

B) État puissance publique et maintien d'influence dans une entreprise à capitaux publics

⁶⁵⁵Cons. const., 19 janvier 1984, déc. n° 84-167 DC, relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, Rec. Cons. const., 1984, p. 23.

- 642.**La réalité du fonctionnement des entreprises dans lesquelles l'État est actionnaire, montre qu'outre les mécanismes fournis par le droit commun des sociétés, l'Etat peut s'appuyer sur sa qualité de puissance publique pour maintenir une influence dans ces dernières⁶⁵⁶.
- 643.**La composition dérogatoire des organes sociaux en présence de l'actionnaire public en est le parfait exemple. En effet, l'État a toujours voulu, même en tant qu'actionnaire minoritaire, bénéficier d'une représentation spécifique dans les Conseils d'Administration ou de Surveillance. Il ne manque pas ainsi de désigner ses propres représentants par actes administratifs. Cette procédure, qui a pour effet de priver l'Assemblée Générale des actionnaires d'une de ses prérogatives fondamentales, s'applique en France aux entreprises publiques et aux entreprises privées dont l'État détient au moins 10% du capital.
- 644.**Davantage significatifs quant à l'intrusion de la puissance publique dans le contrat social, sont les contrôles administratifs qui s'ajoutent aux prérogatives politiques de l'État actionnaire. En effet, qu'il soit actionnaire majoritaire ou minoritaire, l'État peut exercer de l'extérieur un contrôle sur les entreprises à capitaux publics en s'appuyant sur les commissaires du gouvernement et les contrôleurs économiques et financiers. Désignés par les ministres de tutelle sectoriels, les commissaires du gouvernement ont en substance pour mission, d'informer et de conseiller leur hiérarchie. Les contrôleurs économiques et financiers ont quant à eux informé le Ministre de l'économie sur l'activité économique et la gestion des entreprises dans lesquelles ils sont affectés. Pour exemple en France, selon le rapport de 2013 sur l'Etat actionnaire⁶⁵⁷, on notait la présence de commissaires du gouvernement dans les entreprises dont l'État était minoritaire notamment *Eads, Gdf-Suez, Safran, Thales, EDF, La poste*. Quant aux contrôleurs économiques et financiers, ils étaient présents dans les deux dernières entités.
- 645.**Aux dérogations susvisées, s'ajoutent les atteintes au principe de proportionnalité qui gouverne le fonctionnement des sociétés. Pour exemple, aux Compagnies françaises des

⁶⁵⁶ En ce sens, voir Sophie Schiller, "*Pactes d'actionnaires (Clauses statutaires et pactes extrastatutaires)*", op. cit.

⁶⁵⁷ Rapport de l'Etat actionnaire 2013,. http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/agence-participations-etat/Documents/Rapports-de-l-Etat-actionnaire/2013/RA_APE_complet.pdf

pétroles, des messageries maritimes, et générale transatlantique, la loi - notamment une loi du 28 février 1948⁶⁵⁸ pour les deux dernières - avait attribué à l'État des actions à droit de vote plural, notamment combinées avec des règles de majorité renforcée. En effet, l'article 15 de cette loi prévoyait la création d'une société par apport de l'État français et de la Compagnie des messageries maritimes. En contrepartie de son apport, l'État français s'était vu attribuer par la loi "*un nombre d'actions à vote plural*" suffisant pour qu'il ait une majorité renforcée – deux tiers des voix - aux Assemblées Générales Ordinaires et Extraordinaires. Dans le même sens, dans la Compagnie générale transatlantique, l'État, au travers de l'article 18 de la même loi, s'était vu octroyer des actions dites "*de catégorie A*", lui conférant un droit de vote plural permettant d'avoir une majorité absolue dans les Assemblées Générales Ordinaires et Extraordinaires.

⁶⁵⁸JORF du 29 février 1948.

CONCLUSION DE CHAPITRE

646. Si le droit de l'Union encadre strictement certains outils qui servent les patriotismes économiques nationaux, il laisse aux États une marge de manœuvre certaine. En effet ces derniers peuvent profiter de leur qualité d'actionnaire de droit commun, qui au demeurant n'est pas contestée par le droit de l'Union, pour défendre leurs entreprises stratégiques et ainsi éviter que ces dernières ne passent sous pavillon étranger. Une telle stratégie leur permet, seuls ou de concert, de s'appuyer sur les dispositions légales, et/ou de mettre en place des outils permettant de dissuader les actionnaires de céder leurs titres - *identification et fidélisation de l'actionnariat, limitation de la libre cessibilité des titres... -*, ou d'empêcher les investisseurs étrangers d'acquérir les titres de l'entreprise stratégique - *rachat des actions propres, dividende majorée, distributions d'actions gratuites, bons d'offre, transformation structurelle de l'entreprise, défense "Pacman", chevalier blanc...-*, ou enfin de s'assurer le contrôle social de à travers les pactes d'actionnaires notamment.

647. Les États membres peuvent davantage faire appel à un statut exorbitant leur permettant de recourir à l'outil règlementaire pour notamment s'assurer le contrôle social de l'entreprise - *nomination des dirigeants, nationalisation...*

648. Les mécanismes susvisés sont d'autant plus pertinents qu'ils ont permis à certains États de s'assurer le contrôle d'une multinationale à qui ils avaient transféré certains actifs stratégiques.

Chapitre II : Le contrôle public d'EADS: une illustration du recours au droit des sociétés à des fins protectrices

649.La préservation des intérêts publics de la France, de l'Allemagne, et dans une moindre mesure de l'Espagne dans "*Européan Aeronotic defense and space compagny*" ci-après *EADS* est une parfaite illustration du recours au droit des sociétés aux fins de protection des intérêts publics stratégiques.

650.Le groupe *EADS* a été créé le 10 juillet 2000 après une longue gestation qui a vu s'opposer les principales puissances européennes en matière d'industrie aéronautique et de défense. Historiquement, dans les années 1970, pour faire face à la surpuissance américaine en matière d'aéronautique et d'industrie de défense, les États européens producteurs d'armement s'engageaient dans une dynamique de consolidation de leurs industries de défense. Cette dynamique avait amené ces derniers à poser le 9 décembre 1997, les jalons d'un futur regroupement européen des industries aérospatiales et de défense. Il était alors prévu la création parallèle de deux grands groupes présents sur les marchés civil et militaire, l'un dans le secteur de l'aéronautique, l'autre dans le secteur de l'électronique. Il fut au final décidé de créer une société européenne unique et intégrée, "*Européan Aerospace and Defense Compagny*" - *EADC* -, rassemblant le français *Aérospatiale*, le britannique *British Aerospace* - *BAe* -, le suédois *Saab*, l'italien *Finmeccanica*, l'allemand *Daimler Aerospace AG* - *DASA* -, et l'espagnol *Construcciones Aeronauticas SA* - *CASA* -. Malgré l'enjeu, le projet échoua à cause de nombreuses divergences entre les États parties aux négociations.

651.Prenant acte de cet échec, et devant les tentatives de rapprochement entre le britannique *BAe* et l'allemand *DASA*, le gouvernement français prit le parti de rassembler les actifs nationaux

afin de rendre davantage forte la position des industriels français. Il décida alors après tractations, le rapprochement de l'entreprise publique *Aérospatiale*, avec le groupe privé *Matra Hautes Technologies - MHT* - détenu par le groupe *Lagardère*. Cette alliance déboucha sur la création d'*Aérospatiale Matra*, entité dans laquelle, l'État français, malgré une participation inférieure à 50%, détenait une action spécifique.

652. Parallèlement, le gouvernement français constitua un pôle électronique professionnel et de défense. Ainsi, le 14 avril 1998, fut créée la société *Thomson-CSF*, fruit du rapprochement entre *Dassault électronique* et les activités d'électronique professionnelle et de défense d'*Alcatel*.

653. Si ces rapprochements permettaient à la France de se doter de structures aptes à conforter sa position de nation forte en matière d'industries aéronautique et de défense, il ne faisait pas perdre de vue l'impérieuse nécessité de parvenir à la constitution d'un grand groupe européen capable de faire le contrepois aux grands groupes américains. Ainsi, en juillet 2000, après d'âpres négociations, la fusion d'*Aérospatiale Matra*, de *DASA* Allemagne, ainsi que des actifs aéronautiques de la holding publique espagnole *SEPI - CASA* Espagne - fût actée et matérialisée par la création d'*EADS*. Les fondateurs optèrent pour un statut de droit néerlandais.

654. De l'observation en 2012 de la structure capitalistique d'*EADS*, et compte tenu des traditions en matière d'interventionnisme économique, on pouvait noter la présence de trois États. Tout d'abord l'Etat allemand qui, fidèle à sa politique économique⁶⁵⁹, ne détenait pas de participations directes dans *EADS*, mais qui, compte tenu du caractère sensible des activités de cette multinationale, avait dès l'origine pris le soin de déléguer la défense de ses intérêts au

⁶⁵⁹ Historiquement, l'intervention de l'État Fédéral était cantonnée à la mise en place d'infrastructures et d'un cadre garantissant la pleine concurrence. Voir en ce sens le rapport d'information n° 351 (2006-2007) de Jean-François Le Grand et Roland Ries, fait au nom de la commission des affaires économiques sur la situation d'*EADS* et ses perspectives d'évolution.

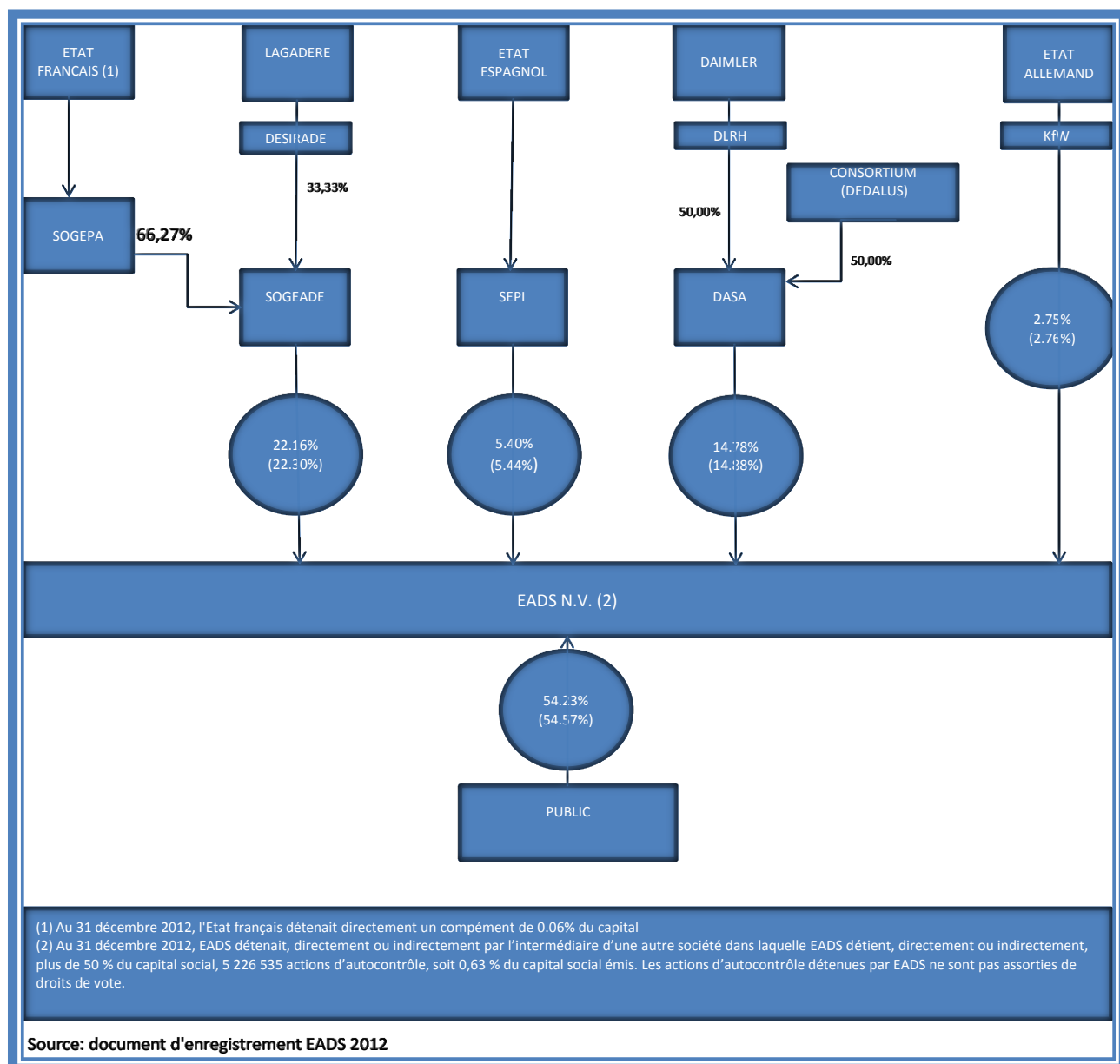
groupe *DASA*⁶⁶⁰; lequel détenait 14.78 % du capital social d'EADS. En précisant néanmoins que l'Allemagne a très récemment acquis 2.76% du capital social d'EADS via *Kreditanstalt für Wiederaufbau - KfW* -, établissement de droit public⁶⁶¹. Ensuite, contrairement à l'Allemagne, l'État Français détenait une participation directe de 0,6% du capital social d'EADS, et une participation indirecte via la *Société de Gestion de l'Aéronautique de la Défense et de l'Espace* - *Sogead* -⁶⁶², qui elle détenait 22.16% du capital. Enfin, l'Etat espagnol détenait 5.40% du capital social d'EADS, via *Sociedad Estatal de Participaciones Industriales* - *SEPI* -, qui est une société holding publique. Le public - et notamment les salariés d'EADS - et la Société détenaient respectivement 54,23 % et 0,63 % du capital social d'EADS. Le diagramme ci-dessous présente la structure de l'actionnariat d'EADS au 31 décembre 2012 en % du capital et des droits de vote - entre parenthèses -.

É

⁶⁶⁰ Le groupe *DASA* était lui même détenu à 50% par *Daimler Luft und Raumfahrt Holding AG* (DLRH) [Filiale à 100% de *Daimler AG*], et à 50 % par un Concert d'investisseurs privés et publics - *Dedalus* -. Les droits de vote attachés à l'ensemble des actions EADS détenues par *DASA* sont contrôlés par *Daimler*.

⁶⁶¹ Lors d'une transaction prévue par l'Accord multipartite du 6 décembre 2012, *Daimler* a vendu 61,1 millions d'Actions EADS (environ 7,44 % des actions EADS en circulation) par le biais d'un placement accéléré (l'"*ABB*"). La participation économique de *Daimler* dans EADS est donc réduite à environ 7,44 % et ses droits de vote à 14,88 %. *KfW* a acquis 2,76 % des Actions EADS en circulation dans le cadre de l'*ABB*. Lors d'une seconde transaction, le 2 janvier 2013, *KfW* a acquis (via une filiale détenue à 100 %) 65 % des actions de *Dedalus*, ce qui a porté à 78 % sa participation dans *Dedalus*. Les 22 % restants demeurent la propriété de différentes entités publiques allemandes. *Dedalus* détenait une participation économique de 7,44 % dans EADS au moment de cette acquisition. Suite à ces deux transactions, *KfW* détient 2,76 % des droits de vote dans EADS et une participation économique de 8,56 % dans (2,76 % directement et 5,80 % par le biais de *Dedalus*). Les autres entités publiques allemandes possédant des parts dans *Dedalus* détenaient une participation économique de 1,64 % dans EADS par le biais de *Dedalus*. La participation économique commune de *KfW* et desdites entités publiques allemandes dans EADS était, par conséquent de 10,2 % immédiatement après ces acquisitions.

⁶⁶² Qui est une société de droit français dont le capital social, au 31 décembre 2012, était détenu à 66,67 % par la Société de Gestion de Participations Aéronautiques - *Sogepa* -, société holding publique française, et à 33,33 % par *Désirade*, elle-même filiale de *Lagardère SCA* - *Lagardère*.



655. Compte tenu de ce qui précède, il faut dire que la longue gestation et partant la difficile création du groupe EADS, étaient dues au caractère sensible de son activité. Pour les États fondateurs du groupe, l'équation à résoudre étaient de transférer leurs actifs technologiques stratégiques et sensibles à une entité multinationale sans pour autant perdre toute souveraineté vis-à-vis de ces derniers. La solution fût notamment trouvée par le recours au droit des sociétés. En effet, aux fins de verrouiller EADS, les États fondateurs ont pu s'inscrire dans une double approche:

- une approche visant à s'appuyer sur les dispositions légales et/ou sur les statuts pour mettre en place certains mécanismes protecteurs. S'agissant des dispositions légales, le mécanisme de l'offre publique obligatoire apparaît comme apte à défendre une société contre les prises de contrôle non désirées. À ce sujet, la société EADS étant une société de droit néerlandais, elle est soumise pour ce mécanisme à la loi néerlandaise du 28 octobre 2007 transposant la Directive OPA⁶⁶³. Dans le cadre de cette loi, les actionnaires qui, individuellement, ou agissant de concert, viendraient à détenir directement ou indirectement 30 % ou plus des droits de vote de la Société, sont tenus de lancer une OPA portant sur la totalité des actions émises et en circulation, représentant le capital de la Société. Une telle obligation légale a pour effet de dissuader un éventuel acquéreur de contrôle en ce qu'il l'oblige à des efforts financiers davantage importants;
- une approche consistant à nouer des alliances stratégiques. Cette dernière approche a elle-même connu deux variantes:
 - la conclusion de pactes entre actionnaires, notamment : le "*Participation Agreement*"⁶⁶⁴, le "*Contractual Partnership*"⁶⁶⁵ et le "*Contractual Partnership Agreement*"⁶⁶⁶. Ces conventions ont permis de mettre en place un concert de contrôle composé notamment par l'État français - via *Sogeade*-, l'État espagnol - via *SEPI* - et l'État allemand - via *Daimler* qui, jusqu'aux modifications structurelles et de gouvernance défendait les intérêts publics allemands. Le souci de simplification de la gouvernance d'EADS, et la nécessité d'adapter sa gestion

⁶⁶³ Op. cit.

⁶⁶⁴ Conclu entre *Daimler*, *DASA AG*, *Lagardere*, *Sogepa* - holding publique française de gestion de participation aéronautique -, *Sogeade* - société holding commune entre le groupe Lagardère (qui y détient 33.33% via *Desirade*) et l'État français (qui y détient 66.66% via *Sogepa* - qui représente les intérêts français dans la société EADS - et *SEPI*. *Kfw* a adhéré à cette convention en décembre 2012.

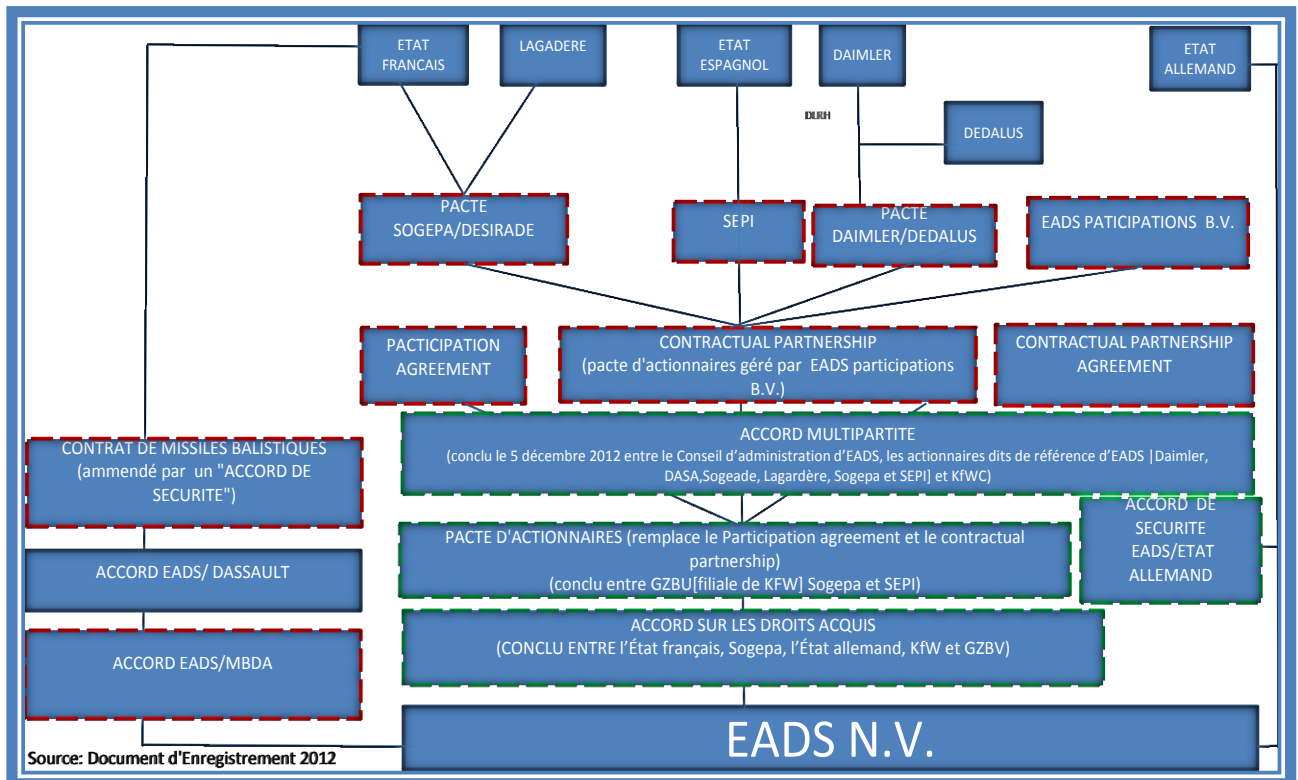
⁶⁶⁵ Qui est un contrat de droit néerlandais, conclu entre *Sogeade*, *DASA AG*, *SEPI* et *EADS Participations B.V.* - Société de droit néerlandais qui gère le *contractual partnership*, et au profit de qui ont été nanties les actions des signataires du pacte dans EADS.

⁶⁶⁶ Qui reprend certaines conditions du *Participation Agreement* et d'autres accords - notamment le pacte d'actionnaires conclu entre *Sogepa* et *Lagardère* et un accord conclu entre la République française, *Daimler* et *DLRH*.

aux standards internationaux, a conduit les parties au contrat social de cette multinationale⁶⁶⁷, à conclure le 5 décembre 2012, un accord dit "*Multipartite*". À cet accord, sont venus se grever plusieurs conventions dont : une convention dite "*le pacte d'actionnaires*"⁶⁶⁸ et un "*Accord sur les droits acquis*", conclu entre l'État français, *Sogepa*, l'État allemand, *KfW* et *GZBV*;

- la conclusion de conventions entre certains États actionnaires et EADS et/ou ses filiales, notamment : la "*convention missile balistique*"⁶⁶⁹, le "*contrat sur les systèmes nucléaires français aéroportés*"⁶⁷⁰, la convention "*EADS/État français relatives aux actifs stratégiques français dans Dassault aviation*", deux accords de sécurité "*EADS/État français et EADS/État allemand*".

656.Le tableau ci-dessous présente de façon simplifiée ces accords extrastatutaires.



⁶⁶⁷ Le Conseil d'administration d'EADS, les actionnaires dits de référence (*Daimler*, *DASA*, *Sogead*, *Lagardère*, *Sogepa* et *SEPI*) et *KfW*.

⁶⁶⁸ Conclu entre Gesellschaft zur Beteiligungsverwaltung GZBVmbH & Co. KG (*GZBV*), une filiale de *KfW*, *Sogepa* et *SEPI*.

⁶⁶⁹ Signée entre EADS et l'État français.

⁶⁷⁰ Signé entre EADS, *MBDA* - filiale commune d'EADS, *BAE Systems* et *Finmeccanica* - et la France.

657.Ces précisions faites, pour bien illustrer notre propos, il importe de dire que nous avons choisi d'adopter une démarche visant à analyser tous les mécanismes qui, dès l'origine, ont permis aux États fondateurs d'EADS de se muer en actionnaires ordinaires pour avoir la main mise sur cette multinationale. Cette démarche nous conduit à présenter les outils qui, par leur combinaison, ont permis à ces derniers de préserver les actifs stratégiques et la structure capitalistique (*Section I*), ainsi que de s'assurer le contrôle social (*Section II*)

Section I : La préservation des actifs stratégiques et de la structure capitalistique d'EADS

658.Dès l'origine, compte tenu de la sensibilité des activités d'EADS et des actifs qui lui avaient été transférés, les États fondateurs ont entrepris de mettre en place des mécanismes aptes à préserver la structure de son actionnariat et à pérenniser son patrimoine stratégique. Ces mécanismes intègrent notamment l'identification et le contingentement de l'actionnariat (*Paragraphe I*), ainsi que les restrictions à la libre circulation des titres, et la préservation des actifs stratégiques (*Paragraphe II*).

Paragraphe 1 : L'identification et le contingentement de l'actionnariat

659.Si les mécanismes permettant d'identifier l'actionnariat apparaissent comme des outils à relents patriotiques, force est de constater que les principaux États fondateurs en ont fait l'un des éléments de leur politique de verrouillage d'EADS. Ainsi, en s'appuyant sur les dispositions légales, notamment reprises dans les statuts, ces derniers ont pu, dans le but d'identifier l'actionnariat, instituer le mécanisme de déclaration des participations (*A*). De plus, en favorisant par leur vote, l'insertion dans les statuts des clauses visant à instituer une obligation de cession de participations, ces mêmes États ont pu préserver EADS contre les prises de contrôle rampantes (*B*).

A) Les déclarations des participations

660.Régie par le droit néerlandais, la société EADS est soumise à la loi néerlandaise relative au

contrôle des marchés financiers⁶⁷¹, et notamment à certaines dispositions qui ont institué une obligation de déclaration des participations. Faisant précisément référence à cette loi, le document d'enregistrement d'EADS de 2012 rappelle que *"toute personne qui procède, directement ou indirectement, à l'acquisition ou à la cession d'une fraction du capital ou des droits de vote d'EADS ayant pour effet que la participation en capital ou en droits de vote de ladite personne dans la Société atteint, dépasse ou devient inférieure à certains seuils, est tenue de notifier dans les plus brefs délais cette participation à l'AFM au moyen d'un formulaire standard. Les seuils prévus par la WFT sont les suivants : 5 %, 10 %, 15 %, 20 %, 25 %, 30 %, 40 %, 50 %, 60 %, 75 % et 95 %.*

Toute personne dont la participation en capital ou en droits de vote d'EADS atteint, dépasse ou devient inférieure à un ou plusieurs des seuils susmentionnés en raison d'un changement au niveau du capital en circulation d'EADS ou des droits de vote liés aux actions EADS tel que notifié à l'AFM par EADS, doit avertir l'AFM au plus tard le quatrième jour de Bourse à compter du moment où l'AFM a publié la notification d'EADS. EADS doit notamment notifier à l'AFM immédiatement si le capital social en circulation ou les droits de vote ont varié de 1 % ou plus depuis le précédent avis de la Société.

Si, à la fin d'une année civile, la composition de la participation d'un investisseur diffère des informations le concernant précédemment notifiées suite à la conversion de certains types de titres ou suite à l'exercice de droits d'acquérir des droits de vote, cet investisseur doit alors fournir une mise à jour de ses informations précédentes dans un délai de quatre semaines à compter de la fin de l'année civile, moyennant un avis écrit adressé à l'AFM. L'AFM publie ces cessions obligatoires (...)". Cette obligation légale de déclaration des participations est complétée par une obligation statutaire. On peut ainsi lire dans le document d'enregistrement EADS de 2012 que *"(...). Les Statuts contiennent également des obligations de déclaration*

⁶⁷¹ La "Wet op het financieel toezicht".

applicables aux actionnaires dès lors que leur participation dans EADS atteint ou dépasse certains seuils.

Les Statuts prévoient que les obligations de déclaration des actionnaires soient renforcées de plusieurs manières, au-delà des exigences imposées par la WFT, notamment en exigeant la déclaration d'informations complémentaires, en rattachant les obligations de déclaration à un éventail plus large d'intérêts au capital ou aux droits de vote d'EADS et en imposant aux actionnaires d'informer la Société si leur participation atteint, dépasse ou tombe au-dessous du Seuil de cession obligatoire (tel que défini ci-dessous) ou si la participation d'un actionnaire (seul ou en tant que membre d'un Concert) qui est supérieure au Seuil de cession obligatoire connaît des changements en termes de composition, de nature et/ou de taille.

(...)

Toute infraction à une obligation de notification prévue dans les Statuts peut conduire à une suspension des droits d'assister aux Assemblées et d'y voter".

661.À ces obligations de déclaration des participations, qui apparaissent à n'en point douter comme des outils permettant détecter toute tentative de prise de contrôle, a été adjoint un seuil de cession obligatoire de participation, qui permet de bloquer de telles tentatives.

B) Le seuil de cession obligatoire

662.La nécessité de bloquer toute tentative de prise de contrôle rampante, a conduit les actionnaires, notamment publics, à fixer à travers les statuts, un seuil de cession obligatoire limitant la participation de tout actionnaire à 15% du capital social d'EADS. S'il est vrai qu'un tel mécanisme s'inscrit dans une logique visant à poser un principe d'équilibre dans la détention du capital entre la France et l'Allemagne, il n'en demeure pas moins que l'institution

d'une telle limitation a pour effet de contrôler l'influence que pourrait prendre tout actionnaire.

663.Ce seuil paraît davantage efficace quant à la protection d'EADS contre toute prise de contrôle non désirée que pour son calcul, il est pris en compte, non seulement les actions et droits de vote, "(...) *mais également les autres instruments qui font en sorte que des actions ou des droits de vote sont réputés être à la disposition de quiconque conformément à la loi néerlandaise sur la surveillance financière et doivent faire l'objet d'une notification au régulateur néerlandais, l'AFM, si certains seuils sont atteints ou dépassés*"⁶⁷².

664.Les statuts obligent tout actionnaire, ou tout concert d'actionnaires, ou encore toute personne dépassant ce seuil, à ramener sa participation en dessous de 15%, en procédant notamment à la cession du pourcentage d'action excédentaire dans un délai de deux semaines⁶⁷³. Le non respect d'une telle obligation entraîne le transfert des actions excédentaires à une fondation de droit néerlandais qui "*peut*", et "*doit utilement*" procéder à leur cession⁶⁷⁴.

665.Si on pouvait encore douter de la volonté des actionnaires de référence, notamment publics, de garder une influence dans EADS, les exceptions à ce seuil de cession obligatoire sont de nature à enlever un tel doute. En effet, en vertu d'une clause dite "*de grand-père*", ce seuil ne s'applique pas aux actionnaires et concerts qui détiennent déjà des participations dépassant 15% à la date d'entrée en vigueur des statuts actuels. Sont visés par cette exception⁶⁷⁵:

- *Sogepa*, détenue à 66,27 % par l'Etat Français;
- le Concert constitué entre *Sogepa*, *GZBV* - filiale de KfW (établissement de droit public allemand) et *SEPI* - société holding publique espagnole.

666.Ces mécanismes empruntés au droit des sociétés, et permettant de contrôler la structure capitalistique par l'identification et le contingentement de l'actionnariat, ne sont pas exclusifs d'outils qui, poursuivant le même objectif, permettent de restreindre la libre circulation des

⁶⁷² Document d'enregistrement EADS de 2012, p. 106 et 107.

⁶⁷³ Voir le document d'enregistrement EADS de 2012, p. 107.

⁶⁷⁴ Voir le document d'enregistrement EADS de 2012, p. 107.

⁶⁷⁵ Voir article 16.1.b des statuts d'EADS.

titres et des actifs stratégiques.

Paragraphe 2 : Les restrictions à la libre circulation des titres et la préservation des actifs stratégiques

667. Si les restrictions à la libre cessibilité et à la libre acquisition des titres et des actifs stratégiques d'EADS a toujours été présente dans l'esprit des États fondateurs, et a principalement été traduite par la conclusion de conventions extrastatutaires, il faut dire qu'avec les modifications structurelles intervenues à partir du mois de décembre 2012, on a pu assister à une inflexion de cette dynamique. Ce tournant, qui a principalement amenuisé les outils tendant à restreindre la libre cessibilité des titres, n'a pour autant pas mis fin à la volonté de contrôle de la structure actionnariale et de préservation des actifs stratégiques. Il importe dès lors de présenter les outils empruntés au droit des sociétés ayant permis de traduire cette volonté. Cependant, dans un souci de complétude, nous intégrerons dans notre analyse les outils qui, quoiqu'ayant été modifiés ou supprimés par les modifications structurelles de 2012, apparaissent comme la parfaite illustration du recours au droit des sociétés à des fins de pérennisation d'une structure actionnariale. Cette démarche nous conduit à envisager les mécanismes permettant, ou ayant permis, de préserver les actifs stratégiques (**B**), et de restreindre la libre circulation des titres (**A**).

A) Les restrictions à la libre circulation des titres d'EADS

668. Dérogeant au principe de libre cessibilité et de libre négociabilité des titres, les actionnaires d'EADS, dont les États fondateurs, ont pu mettre en place des mécanismes visant à limiter la cession (**I**) et l'acquisition des titres d'EADS (**2**).

1) Les restrictions à la libre cessibilité des titres

669. Avant les modifications structurelles intervenues à partir du mois de décembre 2012, les restrictions à la libre cessibilité des titres trouvaient principalement leur siège dans le *Participation Agreement* conclu entre *Daimler*, *DASA AG*, *Lagardere*, *Sogepa*, *Sogeade* et *SEPI*. Par cet accord extrastatutaire, les parties signataires avaient entendu stabiliser l'actionnariat d'EADS, au travers de plusieurs mécanismes.

670. Tout d'abord, par l'octroi d'un droit de préemption réciproque qui s'adressait à deux catégories d'actions:

- les "*Actions Indirectes*", à savoir celles détenues par *Lagardère* et *Sogepa* au travers de *Sogeade*, ainsi que celles qui, quoiqu'étant la propriété de *Daimler AG*, *SEPI* et *Sogeade* avaient été nanties au bénéfice d'*EADS participation BV* qui exerçait les droits de votes qui y étaient attachés⁶⁷⁶. Tout en rappelant le principe de la libre cessibilité de ce type d'actions, le *participation agreement* posait certaines exceptions. On pouvait ainsi lire dans le document d'enregistrement de 2011 que "*si l'une des parties entend(ait) céder l'une de ses actions EADS, elle (devra) céder en priorité ses actions autres que ses Actions Indirectes EADS avant d'exercer son droit de céder ses Actions Indirectes EADS*"⁶⁷⁷. Cette cession étant assujettie à plusieurs conditions apparaissant comme étant autant de restrictions à la libre cessibilité des titres. Ainsi, selon le *Participation Agreement*:

➤ "*en cas de cession d'Actions Indirectes EADS, Daimler (dans le cas d'une cession par Sogeade), Sogeade (dans le cas d'une cession par Daimler) ou Sogeade et Daimler (dans le cas d'une cession par SEPI) pourront soit exercer un droit de préemption, soit céder leurs Actions Indirectes EADS*

⁶⁷⁶ Document d'enregistrement EADS 2011, p.109.

⁶⁷⁷⁶⁷⁷ Document d'enregistrement EADS 2011, p. 111.

sur le marché selon la proportion des Actions Indirectes EADS détenues par les parties concernées;

➤ *toute cession d'Actions Indirectes EADS par Sogepa ou Lagardère est soumise à un droit de préemption en faveur de Lagardère ou Sogepa, selon le cas. Au cas où ce droit de préemption ne serait pas exercé, les Actions Indirectes EADS peuvent être cédées (a) à un tiers identifié sous réserve de l'accord de Lagardère ou de Sogepa (selon le cas) ainsi que de Daimler, et (b) si cet accord n'est pas obtenu, les Actions Indirectes EADS pourront être vendues sur le marché sous réserve du droit de préemption de Daimler visé ci-dessus".*

- *les actions autres que les Actions Indirectes. A ce sujet, il a été acté dans le "participation agreement" que "Toute cession d'actions EADS, autres que des actions indirectes EADS, par Daimler, Sogepa ou Lagardère alors qu'un Tiers hostile est actionnaire et acquéreur d'actions EADS sur le marché, est soumise à un droit de préemption, respectivement, de Sogepa, Daimler et Sogepa. En cas de cession par Lagardère, et si Sogepa n'exerce pas son droit de préemption, Daimler bénéficie alors à son tour d'un tel droit"⁶⁷⁸.*

671. Ensuite, à ce droit de préemption, ont été adjoints des mécanismes visant à préserver la structure actionnariale en cas d'évènements intervenant dans le chef d'un des signataires du *participation agreement*. Ainsi, en cas de changement de contrôle, cette convention extrastatutaire prévoyait que si:

- *"Lagardère ou Sogepa fait(sai)t l'objet d'un changement de contrôle et Daimler en fait(sai)t la demande,*
- *Sogepa fait(sai)t l'objet d'un changement de contrôle et Daimler en fait(sai)t la demande,*

⁶⁷⁸ Document d'enregistrement EADS 2011, p.112.

- *Daimler fai(sai)t l'objet d'un changement de contrôle et Sogead e en fai(sai)t la demande,*
- *SEPI fai(sai)t l'objet d'un changement de contrôle et Daimler ou Sogead e en fai(saien)t la demande, alors :*

- *la partie faisant l'objet du changement de contrôle (devait faire) ses meilleurs efforts afin d'assurer la vente de ses actions Sogead e (si la partie faisant l'objet du changement de contrôle (était) Lagardere ou Sogepa) ou de ses actions indirectes EADS (si la partie faisant l'objet du changement de contrôle (était) Daimler, Sogead e ou SEPI) en faveur d'un tiers acquéreur a des conditions de marché et de bonne foi. Lorsque la partie faisant l'objet du changement de contrôle (était) Lagardere ou Sogepa, le tiers acquéreur (devait être) nommé avec l'accord de Daimler, (...) et ;*
- *si un tiers effectu(ait) une offre d'acquisition des actions Sogead e détenues par Lagardere ou Sogepa ou des actions indirectes EADS détenues par Daimler, Sogead e ou SEPI, selon le cas, et si la partie faisant l'objet du changement de contrôle entend(ait) accepter cette offre, celle-ci (devait être) immédiatement notifiée (a) à Daimler dans le cas d'un changement de contrôle affectant Lagardere ou Sogepa, (b) à Sogead e dans le cas d'un changement de contrôle affectant Daimler, (c) à Daimler dans le cas d'un changement de contrôle affectant Sogead e, ou (d) à Daimler ou Sogead e dans le cas d'un changement de contrôle affectant SEPI (la partie recevant la notification visée aux points (a), (b), (c) ou (d) étant ci-après dénommée la « Partie ne Faisant pas l'Objet du Changement »). La Partie ne Faisant pas l'Objet du Changement de contrôle (avait dès lors) un droit prioritaire d'acquisition des actions Sogead e ou des Actions Indirectes EADS offertes a la vente, au prix offert par le tiers. Concernant le point (d), si Daimler et Sogead e demand(ai)ent l'une et l'autre à ce que SEPI trouve un tiers acquéreur,*

chacune d'entre elles (pouvait) acquérir les actions indirectes EADS détenues par SEPI proportionnellement au nombre d'actions indirectes EADS détenues par chacune d'elles. Si la Partie ne Faisant pas l'Objet du Changement ne déclar(ait) pas son intention d'acquérir les actions Sogeadé ou les actions indirectes EADS dans un délai de 30 jours à compter de la date de l'offre, la Partie Objet du Changement (devait) céder lesdites actions Sogeadé ou Actions Indirectes EADS au tiers aux conditions de son offre initiale.

Le tiers acquéreur ne (pouvait) être ni un concurrent d'EADS, de Sogeadé ou de Daimler (selon le cas), ni un membre du Groupe ayant pris le contrôle de la Partie Objet du Changement⁶⁷⁹.

672.Dans le même ordre d'idées, des mécanismes de préservation de la structure capitalistique ont été prévus en cas de défaillance autre qu'un changement de contrôle, notamment, en cas de cessation de paiement. Ainsi, selon le *Participation Agreement* s'il survenait un cas de défaillance concernant *Daimler*, *Sogeadé* ou *SEPI*, la partie non défaillante bénéficiait de la part de la partie défaillante, d'une promesse de vente portant sur ses actions EADS, ainsi que sur sa participation dans *EADS Participations B.V.*

673.Dans le cas où la défaillance concernait *Lagardère* ou *Sogepa*, ces derniers devaient céder leur participation dans le capital de *Sogeadé* à un tiers acheteur, et ce à des conditions de marché et de bonne foi⁶⁸⁰. En cas de cession par *Lagardère*, le tiers acheteur devait être désigné par *Sogepa* avec l'accord de *Daimler*. En cas de cession par *Sogepa*, *Daimler* devait donner son accord sur cette cession⁶⁸¹.

674.A la fin de l'année 2012, un accord multipartite a été signé au sein d'EADS. Cet accord a été suivi de plusieurs conventions qui vont profondément modifier la structure capitalistique de

⁶⁷⁹ Document d'enregistrement EADS 2011, p. 112.

⁶⁸⁰ Ledit acheteur ne pouvant être un concurrent d'EADS ou de Daimler.

⁶⁸¹ Document d'enregistrement EADS 2011, p. 113.

cette multinationale. Il a été acté qu'au terme de cette mutation, les États français et Allemand à parité, et l'État espagnol détiendraient respectivement 12% et 4 ou 5% du capital social d'EADS. Le capital flottant passerait d'environ 40 à 50% à 70% du capital social.

675. Plus significatif, le *participation agreement* a été remplacé par un pacte d'actionnaire⁶⁸² dont la portée est certes limitée, mais qui contient des dispositions visant à restreindre la libre cessibilité des titres des parties signataires. On peut lire dans le document d'enregistrement de 2012 que le pacte contient des dispositions afférentes à des " *droits de préemption au prorata de la participation des Actionnaires au cas où l'un des Actionnaires a l'intention de transférer des titres à un tiers hors marché ou sur le marché*"⁶⁸³.

676. À ce droit de préemption réciproque, a été adjointe une option d'achat au bénéfice des signataires du pacte " *dans le cas où la majorité du capital social ou des droits de vote d'un des Actionnaires [signataires] cesse d'être détenue directement ou indirectement par l'État français, l'État allemand ou l'État espagnol, selon le cas*"⁶⁸⁴.

677. À ces mécanismes, ont été adjoints ceux visant à dissuader l'acquisition des titres.

2) Les restrictions à la libre acquisition des titres

678. À l'exception des options de souscription d'actions en faveur des actionnaires⁶⁸⁵, il a été décidé de n'émettre aucun titre donnant immédiatement, ou à terme, accès au capital social d'EADS⁶⁸⁶. Une telle initiative, qui au demeurant limite la diffusion au public des actions, apparaît comme apte à stabiliser l'actionnariat à double titre:

- elle permet d'éviter ou de contrôler les prises de participations, et/ou les montées indésirables en capital au travers d'instrument financiers permettant à terme d'acquérir des actions;

⁶⁸² Conclu entre *Gesellschaft zur Beteiligungsverwaltung GZBVmbH & Co. KG* - filiale de *KfW* (société holding publique allemande) - , *Sogepa* et *SEPI*.

⁶⁸³ Document d'enregistrement EADS 2012, p.116.

⁶⁸⁴ Document d'enregistrement EADS 2012, p. 116.

⁶⁸⁵ Document d'enregistrement EADS 2012, p. 109.

⁶⁸⁶ Document d'enregistrement EADS 2012, p. 110.

- elle réserve aux actionnaires déjà présents la priorité de souscription d'actions à émettre.

679.À la préservation de la structure capitalistique d'EADS, a été juxtaposée des mécanismes visant à consolider son patrimoine stratégique.

B) La préservation des actifs stratégiques

680.En vertu d'un accord conclu avec l'État français, EADS a concédé une promesse de vente sur l'activité relative aux missiles balistiques exercée par *Astrium Holding France* - filiale d'EADS -, ladite promesse pouvant être exercée dans certaines circonstances, et notamment si :

- un tiers acquiert, directement ou indirectement, seul ou de concert, plus de 15 % ou tout multiple de 15 % du capital ou des droits de vote d'EADS ou;
- il serait envisagé de céder les actifs ou actions de sociétés exerçant les activités de missiles balistiques.

Par cette convention, il a par ailleurs été concédé à l'État français un droit de s'opposer au transfert desdits actifs ou desdites actions.

681.EADS, la République française et *MBDA* - société codétenue par *BAE SYSTEMS* (37,5 %), EADS (37,5%) ET *FINMECCANICA* (25 %) - sont parties à une convention de même nature portant sur les actifs composant les systèmes nucléaires aéroportés français, en vertu de laquelle la République française jouit de droits analogues.

682.Par ailleurs, par un accord en date du 21 juin 2013, EADS a conclu avec la France - qui est entré au capital de *Dassault Aviation* (détenue à 46.32% par EADS) - un accord au terme duquel la multinationale accorde à l'État français un droit de première offre en cas de vente de l'intégralité, ou d'une partie de sa participation dans *Dassault Aviation*.

683.Outre les mécanismes visant à stabiliser l'actionnariat d'EADS et à préserver les actifs

stratégiques qui lui avaient été transférés, les États ont pu mettre en œuvre des mécanismes permettant d'avoir un droit de regard sur la gestion de cette multinationale.

Section II : Le droit de regard des États sur la gestion d'EADS

684.A travers divers pactes extrastatutaires, les actionnaires de référence d'EADS ont pu mettre en place un concert de contrôle leur permettant d'avoir un droit de regard sur la gestion de cette dernière (*Paragraphe I*). De plus, par le biais de plusieurs conventions, EADS a concédé aux Etats français et allemand des prérogatives spécifiques quant à certaines décisions stratégiques (*Paragraphe II*).

Paragraphe 1 : Un droit de regard permis par un concert de contrôle

685.En instituant un concert de contrôle, les actionnaires de référence ont pu influencer sur la composition des organes sociaux (*A*), et sur les décisions prises par ces derniers (*B.*)

A) Un concert de contrôle influant sur la composition des organes sociaux

686.Avant les modifications structurelles et de gouvernance survenues à la fin du mois de décembre 2012, l'influence qu'avaient les actionnaires, notamment publics, trouvaient leur source dans le *Participation Agreement*, qui est l'un des supports juridiques du concert de

contrôle. On pouvait ainsi lire dans le document d'enregistrement EADS de 2011 que "*les signataires du Participation Agreement (...) sont convenus que les droits de vote attachés aux Actions Indirectes EADS seront exercés par EADS Participations B.V. de telle sorte que le Conseil d'administration d'EADS soit composé des administrateurs d'EADS Participations B.V. et de quatre administrateurs supplémentaires indépendants*"⁶⁸⁷.

687. De façon précise, la composition du Conseil d'Administration d'EADS avait été organisée dans le *Participation Agreement*. Il était ainsi prévu que cet organe social devait être composé de onze membres dont:

- un Président non-membre du Comité exécutif, désigné sur proposition conjointe des administrateurs désignés par *Daimler*⁶⁸⁸ et des administrateurs désignés par *Sogeade*⁶⁸⁹;
- un Président exécutif d'EADS, désigné sur proposition conjointe des administrateurs désignés par *Daimler* et des administrateurs désignés par *Sogeade* ;
- deux administrateurs désignés par *Daimler* ;
- deux administrateurs désignés par *Sogeade* ;
- un administrateur désigné par *SEPI*⁶⁹⁰.
- quatre administrateurs indépendants, proposés conjointement par le Président du Conseil d'Administration et le Président exécutif d'EADS, chacun d'entre eux devant être approuvé par le Conseil d'Administration⁶⁹¹.

688. Il faut néanmoins préciser que ce pouvoir de désignation dévolu aux membres du concert de contrôle, a été battu en brèche suite aux modifications de gouvernance entamées à la fin de l'année 2012. Désormais, "*le Conseil d'administration, par un vote à la Majorité simple,*

⁶⁸⁷ Document d'enregistrement EADS, p. 130.

⁶⁸⁸ Qui défend les intérêts publics allemands.

⁶⁸⁹ Holding publique détenue à 66,66% par l'Etat français.

⁶⁹⁰ Société holding publique espagnole.

⁶⁹¹ Document d'enregistrement EADS 2011, p. 130.

propose des candidats à l'Assemblée générale des actionnaires d'EADS en vue de leur nomination aux fonctions d'administrateur.

Aucun actionnaire ou groupe d'actionnaires ni aucune autre entité n'a le droit de proposer, de désigner ou de nommer un administrateur en dehors des droits octroyés à tous les actionnaires par la législation néerlandaise sur les entreprises"⁶⁹².

689.C'est donc dire que ce pouvoir de nomination qui était dévolu aux membres du concert de contrôle avant les modifications de gouvernance, permettait de s'assurer une représentation, et donc de peser sur les décisions prises par le Conseil d'Administration. Une telle faculté apparaissait à n'en point douter comme particulièrement importante dans l'optique de contrôle d'EADS, quand on sait que le Conseil d'administration d'EADS a un pouvoir d'approbation⁶⁹³ afférent à certaines décisions stratégiques.

B) Un concert de contrôle influant sur les décisions prises par les organes sociaux

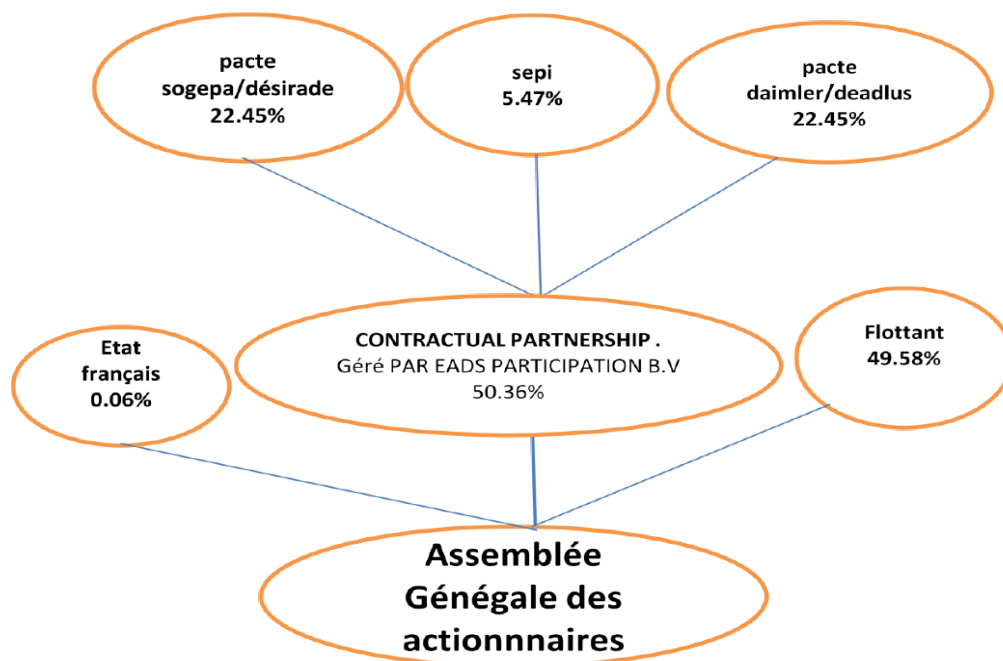
690.L'influence sur les décisions prises par les organes sociaux, découlait mécaniquement des droits de vote détenus par le concert de contrôle (1), et de la juxtaposition à ce concert, de certains pactes d'actionnaires (2).

1) une influence découlant mécaniquement des droits de votes détenus par le concert de contrôle

691.Si l'on s'attarde sur une photographie du pourcentage de droits de vote pouvant être exprimés en assemblée générale en 2011, on obtient le schéma ci dessus.

⁶⁹² Document d'enregistrement EADS 2012 page 130.

⁶⁹³ Document d'enregistrement EADS page 130.



692. De l'observation de ce schéma, on se rend compte que le concert d'actionnaires composé notamment des États français, espagnol, et de Daimler - qui défendait les intérêts publics allemands -, représentait plus de 50% des droits de vote d'EADS. Une telle configuration était de nature à conférer au concert de contrôle, le pouvoir de peser sur les résolutions adoptées en Assemblée Générale. Cette faculté était d'autant plus pertinente qu'il n'existait pas de contreponds à ce pouvoir d'influence, compte tenu du pourcentage relativement élevé de droits de vote détenus par l'actionnariat flottant, qui par définition est dispersé.

2) Une influence découlant de la juxtaposition de pactes d'actionnaires au concert de contrôle : cas du droit de veto de l'État français

693. Par la juxtaposition du Pacte d'actionnaire *Sogepa/désirade* - pacte organisant les rapports entre l'État français et Lagardère au sein de *Sogead* - au *contractuel partnership*, on se rend compte que l'État français disposait d'un droit de veto sur certaines décisions stratégiques intéressant EADS. En effet, le pacte *Sogepa/Désirade* organisait les relations entre l'État français et *Lagardère* au sein de *Sogead* - détenue à 66.67% par *Sogepa* (détenue à 100% par

l'Etat français), et à 33.33% par *Désirade* (filiale à 100% de Lagardère) - . La société *Sogeade* est gérée par *Sogeade Gérance*⁶⁹⁴ au sein de laquelle étaient prises toutes les décisions stratégiques afférentes notamment aux avoires de *Sogeade* dans EADS. Ces décisions étaient précisément relatives:

- aux acquisitions ou cessions de participations ou d'actifs, dont la valeur individuelle excède 500 millions d'euros ;
- aux accords stratégiques d'alliance et de coopération industrielle ou financière;
- à l'augmentation de capital d'EADS portant sur un montant supérieur à 500 millions d'euros sans droit préférentiel de souscription ;
- à toute décision de cession ou d'affectation à titre de garantie des actifs relatifs à la capacité de maîtrise d'œuvre, de conception et d'intégration des missiles balistiques, ou aux participations majoritaires dans les sociétés *Cilas*, *Sodern*, *Nuclétudes* et dans le GIE *Cosyde*⁶⁹⁵.

694. Selon le pacte *Sogepa/Desirade*, si lors d'un vote du Conseil d'Administration de *Sogeade Gérance* portant sur ces questions, il n'était pas possible de réunir la majorité qualifiée de six administrateurs, en raison du vote négatif d'au moins un des administrateurs désignés par *Sogepa*, les administrateurs désignés par *Sogeade* au Conseil d'administration d'*EADS Participations BV* étaient tenus de voter contre cette proposition. Cela signifiait en d'autres termes qu'en sa qualité d'actionnaire de *Sogepa*, l'État français pouvait bloquer toutes décisions relatives aux questions précédemment énumérées au sein d'*EADS Participations B.V.*, et par voie de conséquence au sein d'EADS, aussi longtemps que le Pacte d'actionnaires *Sogeade* restait en vigueur⁶⁹⁶. Si ce droit de veto a été remis en cause avec la dissolution du *contractual*

⁶⁹⁴ Qui est une société par actions simplifiée française dont le capital est réparti à égalité entre *Sogepa* et *Lagardere SCA*.

⁶⁹⁵ Ces décisions sont également régies par le Contrat de Missiles Balistiques conclu entre l'État Français et EADS.

⁶⁹⁶ Document d'enregistrement EADS 201, pages 113 à 114.

partnership, remplacé par le "*pacte d'actionnaire*", il illustre bien le recours au droit des sociétés à des fins de contrôle des décisions intéressant une entreprise stratégique. Ce droit permet même à l'actionnaire étatique de se voir concéder des prérogatives spécifiques.

Paragraphe 2 : Un droit de regard inféré de prérogatives étatiques spécifiques d'origine contractuelles

695. Grace à des conventions extrastatutaires, EADS a concédé aux États français (A), et Allemand (B), des prérogatives spécifiques.

A) Les prérogatives spécifiques de l'État français

696. Pour protéger certains actifs stratégiques qui avaient été transférés à EADS, l'État Français a conclu avec cette multinationale plusieurs conventions.

697. Tout d'abord, les conventions dites "*missile balistique*" et "*MBDA*". Par ces conventions, EADS a concédé à la l'État français un *droit de veto* sur l'activité afférente aux missiles balistiques nichée notamment au sein d'*Astrium* - filiale d'EADS -, et sur les actifs composant les systèmes nucléaires aéroportés français. Notons que ce droit de veto s'ajoutait à celui qu'avait la France par la juxtaposition du pacte *Sogepa/Desirade* au *Contractual Partnership*.

698. La convention dite "*missile balistique*" a par la suite été amendée par une convention dite "*de sécurité*", au terme de laquelle a été créée une filiale d'EADS - *la société holding de défense française* - a qui ont été transférés certains actifs militaires sensibles. En contrepartie de ce transfert, EADS a concédé à l'État français le pouvoir d'approuver trois administrateurs externes au Conseil d'Administration de cette filiale.

699. Enfin, grâce à son entrée au capital de *Dassault Aviation* - filiale d'EADS -, l'État français a

conclu avec EADS une convention au terme de laquelle, cette multinationale s'est engagée à le consulter avant de prendre toute décision lors d'une Assemblée Générale de *Dassault Aviation*.

700. Tout comme l'État français, l'État allemand s'est vu aussi concéder certaines prérogatives spécifiques.

B) Les prérogatives spécifiques de l'État allemand

701. Grace à son entrée au capital d'EADS via la société holding publique *KfW*, l'État allemand a conclu avec EADS un accord dit de "*sécurité*", qui a permis la création d'une filiale d'EADS "*Société holding de défense allemande*", à qui ont été transférés certains actifs militaires sensibles.

702. Cet accord visant à protéger les intérêts essentiels à la sécurité de l'Allemagne, a permis à cet Etat de bénéficier du droit d'approuver ou non, la nomination de trois administrateurs externes au Conseil de Surveillance de la Société holding de défense allemande.

CONCLUSION DE CHAPITRE

703.La mise en œuvre de la logique de verrouillage d'EADS, présente dès sa création, est significative du recours au droit des sociétés à des fins de protection d'une entreprise. Cette logique a permis aux États français, allemand et espagnol, de concert avec certains actionnaires privés, ou avec EADS, de sécuriser les actifs stratégiques qu'ils avaient transférés à cette entité.

704.Ces actionnaires dits "*de référence*" ont en effet pu s'appuyer sur les dispositions légales néerlandaises combinées aux statuts et aux conventions extrastatutaires, pour stabiliser l'actionnariat. En témoignent les mécanismes visant à identifier l'actionnariat, qui intègrent la référence à l'obligation légale de déclaration des participations, l'institution statutaire d'une telle déclaration, et la fixation d'un seuil de cession obligatoire.

705.Ont tout aussi bien été mis en place dans l'optique de surveillance de la structure capitalistique, les outils permettant de limiter la libre circulation des titres, tels que notamment : le droit de préemption réciproque, les mécanismes visant à se préserver de nouveaux entrants en cas d'évènements intervenant dans le chef des principales parties au contrat social, ou encore les procédés visant à pérenniser l'actionnariat en cas de défaillance autre qu'un changement de contrôle. L'objectif de stabilisation de l'actionnariat a par ailleurs conduit à prévoir des options de souscription d'actions en faveur des actionnaires, ou encore la non émission de titres donnant immédiatement ou à terme accès au capital social. À ces mécanismes, ont été adjoints ceux visant à préserver les actifs stratégiques qui avaient été transférés à EADS.

706.Sur un tout autre plan, la volonté d'influer sur la gestion de cette multinationale a conduit les principales parties au contrat social à mettre sur pied un concert d'actionnaires en vue du contrôle social et de la désignation des instances dirigeantes.

707.Enfin, par le biais de conventions signées avec EADS, les États français et allemand se sont

vu accorder, des prérogatives spécifiques quant à certains actifs stratégiques.

CONCLUSION DE TITRE

708.La confrontation du patriotisme économique au droit des sociétés montre que les États membres, actionnaires ou non, jouissent d'une marge de manœuvre certaine quant à la défense d'une entreprise en dehors des tempéraments aux principes de la libre circulation - capitaux, établissement - et de la libre concurrence. Si cette faculté peut dans certaines circonstances n'être que théorique, dans d'autres, de réelles perspectives s'ouvrent aux pouvoirs publics. La logique de verrouillage d'EADS l'illustre bien. Dès lors, plutôt que de recourir à l'outil contraignant qu'est la loi pour s'attribuer des pouvoirs spéciaux au travers des actions spécifiques, les États peuvent s'appuyer sur le droit des sociétés pour parvenir à des résultats sinon idoines, du moins comparables. Plusieurs observations doivent néanmoins être faites.

709.Tout d'abord, si le droit des sociétés permet de protéger une entreprise stratégique contre les tentatives de prise de contrôle, les développements précédents nous ont permis de mettre en exergue la relativité de cette faculté.

710.Ensuite la possibilité pour l'actionnaire public, notamment minoritaire, de s'appuyer sur un statut exorbitant pour avoir un droit de regard sur une entreprise, montre si besoin est, une certaine incohérence du droit de l'Union. En effet, sous le visa des règles fixées par ce droit, les autorités européennes n'ont pas hésité à sanctionner l'institution des actions spécifiques au motif de l'intrusion de la loi dans le contrat social, alors même qu'une telle intrusion est tolérée lorsque l'État par la loi, influe sur la composition des organes sociaux de certaines entreprises ou surveille ces dernières.

711.Ces observations montrent la nécessité pour les autorités de l'Union de redéfinir l'encadrement du patriotisme économique.

Titre II : Vers un patriotisme économique européen ?

712. Par les précédents développements, nous avons pu démontrer l'insuffisance des réponses apportées par le droit de l'Union européenne aux patriotismes économiques nationaux. En effet, ce droit laisse des marges de manœuvre aux États. Ces dernières, quoiqu'étroites, montrent si besoin est l'effet pervers de l'application aux patriotismes économiques nationaux, des principes de la libre circulation et de la libre concurrence. En effet, force est de faire le constat de la persistance des replis nationaux et de la fragmentation du marché intérieur. Dès lors, la meilleure prise en compte des préoccupations *patriotiques* des États ne semble-t-elle pas la bonne approche ?

713. De ce point de vue, si pour le politique, la question qui peut se poser est celle des leviers opérationnels aptes à faire de l'Union européenne une entité qui défend les États qui la composent, pour le juriste les interrogations tournent notamment autour de deux axes :

- le premier est afférent aux leviers juridiques capables de faire du droit de l'Union européenne, un droit qui relaie et formalise les préoccupations des États. Ces préoccupations sont prises en compte à travers plusieurs instruments juridiques. En effet, si les patriotismes économiques nationaux tendent à protéger les entreprises stratégiques, cette protection on l'a vu, passe notamment par des mécanismes tels le contrôle de l'établissement et des capitaux, les soutiens financiers aux entreprises, ou encore l'octroi de droits exclusifs et spéciaux. Or, il a été démontré que ces matières sont encadrées par les principes de la libre concurrence et de la libre circulation qui, il faut le dire, souffrent d'exceptions textuelles et jurisprudentielles apparaissant comme étant autant de points de conjonctions entre les patriotismes économiques nationaux et le droit de l'Union européenne. Mais, ces exceptions sont appréciées de manière restrictive par les autorités européennes, ce qui relativise la prise en compte des préoccupations des États, et conduit ces derniers à être sans cesse inventifs pour cloisonner leurs marchés nationaux. Cet état de fait révèle une opposition claire entre les autorités européennes qui ouvrent les

frontières de l'Union au nom de la "*sacro-sainte*" philosophie du libre marché, et les États qui ont le sentiment d'appartenir à une entité qui ne les défend pas. Devant le risque de fragmentation du marché commun consécutif à cette opposition, ne faudrait-il pas pour les autorités de l'Union européenne, sans entrer dans une logique protectionniste, changer de fusil d'épaule et s'inscrire dans une dynamique de réelle prise en compte des préoccupations des États? L'idée est de se dire, qu'en déplaçant le "*curseur patriotique*" au niveau européen, les États consentiront à renoncer, ou plutôt, à moins afficher la carte du patriotisme économique national ;

- le second axe quant à lui répond à un souci de cohérence. En effet, une réflexion sur un patriotisme économique européen brillerait par une certaine incomplétude, si elle ne prenait pas en compte les méfaits des patriotismes économiques nationaux sur le marché commun. En effet, si le patriotisme économique européen a pour raison d'être le dépassement des patriotismes économiques nationaux, il importe de réfléchir sur ce qu'il est possible de faire pour que ces derniers ne s'expriment pas, ou plus, à l'intérieur de l'Union.

714.Au total, sous le vocable du "*patriotisme économique européen*", notre réflexion tournera schématiquement autour des leviers juridiques aptes à permettre à l'Union européenne de mieux prendre en compte les préoccupations des États, et à enrayer les patriotismes économiques nationaux exprimés à l'intérieur de l'Union. Pour ce faire nous essaierons autant que faire se peut de nous appuyer sur ce qui est, pour penser ce qui *pourrait être*, sans pour autant prétendre théoriser ce qui *devrait être*.

715.S'appuyer sur ce qui est consistera à identifier les éléments juridiques nationaux et européens pouvant répondre aux deux axes de réflexion précédemment définis. A ce sujet, nous mettrons l'accent sur l'une des pierres angulaires des patriotismes économiques nationaux: à savoir le contrôle des investissements étrangers.

716. Penser ce qui pourrait être reviendra à voir, si compte tenu de l'environnement institutionnel et réglementaire, il est possible d'envisager un cadre pertinent de contrôle européen des investissements étrangers. En clair, il importera de réfléchir sur la possibilité pour les autorités de l'Union, sans toutefois abandonner leur philosophie libérale, et plutôt que de contrôler les dispositifs nationaux bigarrés, de concilier notamment deux impératifs : attirer les capitaux étrangers, tout en développant une stratégie de contrôle de ces derniers dans des secteurs stratégiques. Sur la précision selon laquelle par investissements étrangers il faut entendre les investissements en provenance des pays tiers, nous essaierons d'apporter des réponses juridiques aptes à répondre à ces enjeux.

717. De ce point de vue, force est de constater qu'en disposant que "*la politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne (...), les investissements étrangers directs, (...)*", le TFUE, en son article 207, a attribué une compétence à l'Union en matière d'investissements directs. L'attribution de cette compétence, que l'on peut qualifier d'exclusive⁶⁹⁷ du fait notamment de l'utilisation de l'adjectif "*uniforme*", a été l'occasion pour la Commission de plaider en faveur de la mise en place d'une politique d'investissement commune. Cependant, la question que l'on peut se poser quant à une telle politique, est celle de la capacité de l'Union à s'y appuyer pour relayer les préoccupations *patriotiques* des États membres. En effet, une telle compétence, qui au final permet aux autorités européennes de négocier et de conclure des accords internationaux relatifs aux investissements, donne l'occasion de mener des réflexions sur ce qu'il est juridiquement possible de faire pour mettre cette force de négociation au service de la protection des secteurs stratégiques contre les investissements en provenance des pays tiers (**Chapitre I**). Cependant, telle qu'elle est conçue, une telle politique a le défaut de s'appuyer principalement sur des conventions qui ne lient que les parties à l'acte. C'est pourquoi, il importe de compléter

⁶⁹⁷ L'article 207 du TFUE inclut les investissements étrangers directs parmi les domaines couverts par la politique commerciale commune de l'Union. Or, la politique commerciale commune est un domaine de compétence exclusive conformément à l'article 3, paragraphe 1, du TFUE

le dispositif par un régime autonome et cohérent qui fournirait à l'ensemble des États membres un cadre protecteur qui s'imposerait à l'ensemble des investissements en provenance des pays tiers (*Chapitre II*).

Chapitre I : Politique d'investissement commune et contrôle des investissements en provenance des pays tiers

718. La nouvelle compétence de l'Union en matière d'investissements directs a été l'occasion pour la Commission, gardienne des traités, de plaider en faveur d'une politique globale en matière d'investissements internationaux⁶⁹⁸. Cependant, si par politique on entend un ensemble de principes cohérents guidant l'action des pouvoirs publics, la question que l'on peut se poser quant à une telle démarche, est celle de savoir si l'Union européenne dispose réellement de principes directeurs en matière d'investissements.

719. À la vérité, la question des investissements s'inscrit dans le cadre plus large des capitaux. Or, dans ce domaine, l'Union s'appuie sur le principe du libre mouvement. C'est donc dire que cette entité supranationale dispose d'une politique en matière de capitaux, et donc en matière d'investissements, puisque ces derniers font partie de la matière plus large des capitaux. Cependant, si en matière de capitaux, la philosophie libérale est tempérée par des exceptions permettant de prendre en compte les préoccupations *patriotiques* des États, la question que l'on peut se poser est celle de l'effectivité d'une telle prise en compte dans le cadre restreint des investissements

720. A cette interrogation, il est difficile de répondre par l'affirmative, car les fondements juridiques de la politique d'investissement commune sont porteurs d'incertitudes pouvant nuire à son efficacité. Ces incertitudes n'étant pas insurmontables, Il importe de les relever et d'y apporter des réponses (*Section I*), avant d'envisager les pistes de réflexions aptes à favoriser l'émergence d'une politique d'investissement commune qui sache conjuguer ouverture aux capitaux en provenance des pays tiers et protection des intérêts stratégiques (*Section II*).

⁶⁹⁸ Sur la question, voir Mauro Petriccione, "*Les mutations des investissements internationaux, la question des fonds souverains et les politiques de l'Union*", in A la recherche de l'intérêt européen, ouvrage collectif dirigé par Philippe Herzog, coll. l'Europe après l'Europe (Confrontations Europe), éd Le manuscrit 2008.

Section I : Une Politique d'investissement commune aux fondements générateurs d'incertitudes juridiques

721.Dans une communication⁶⁹⁹ au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, et s'appuyant sur la nouvelle compétence attribuée à l'Union par le traité de Lisbonne en matière d'investissements directs étrangers, la Commission européenne plaidait en faveur d'une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux.

722.S'agissant précisément des fondements juridiques de cette compétence, l'article 206 du TFUE dispose que "*Par l'établissement d'une union douanière conformément aux articles 28 à 32, l'Union contribue, dans l'intérêt commun, au développement harmonieux du commerce mondial, à la suppression progressive des restrictions aux échanges internationaux et aux investissements étrangers directs, ainsi qu'à la réduction des barrières douanières et autres*". L'article 207 quant à lui dispose que "*La politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne (...), les investissements étrangers directs, (...)*".

723.Quoique fondée sur des bases juridiques solides, une telle compétence est néanmoins source d'incertitudes juridiques, relatives notamment aux opérations matérielles y relevant. En effet, les articles 206 et 207 du TFUE soulèvent des interrogations afférentes au sort réservé aux investissements indirects, à l'autonomie de la compétence exclusive qu'ils confèrent à l'Union, ainsi qu'aux aspects des investissements devant être pris en compte. Considérer cette compétence comme n'étant pas autonome, parce que subordonnée à celle relative au commerce, ou encore comme ne couvrant pas tous les aspects des investissements

⁶⁹⁹ "*Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux*" COM(2010) 0343 final.

– accès au marché et traitement -, ou enfin comme n’incluant pas les investissements indirects, ce serait adopter une acception restrictive. Cette acception se traduirait en pratique par une subordination des accords relatifs aux investissements à ceux afférents au commerce, ou encore par l’impossibilité pour l’Union de signer seul les accords internationaux couvrant les investissements indirects et les aspects relatifs au traitement de l’investissement. Une telle circonstance serait de nature à enlever toute cohérence à la politique d’investissement commune. Or, une telle homogénéité nécessite une délimitation claire des compétences entre l’Union et les États. C’est tout le défi que pose aux autorités européennes l’imprécision des articles 206 et 207 du TFUE. Un tel enjeu impose qu’il soit évoqué les acceptions fournies par la doctrine quant à la compétence de l’Union en matière d’investissements indirects (*Paragraphe I*), avant de discuter de leur pertinence (*Paragraphe II*).

Paragraphe 1 : Champ d'application matériel et portée de la compétence exclusive de l'Union : une formulation textuelle sujette à des acceptions variées

724. En attribuant compétence exclusive à l’Union quant aux investissements directs étrangers, le TFUE reste muet sur la question des investissements indirects (*A*), ainsi que sur celle relative aux aspects des investissements relevant de cette compétence (*B*).

A) La problématique afférente à l'inclusion des investissements indirects

725. Les articles 206 et 207 du TFUE donnent compétence exclusive à l'Union sans en définir la substance matérielle. En effet, nulle part dans le traité, il n'est donné de précisions sur le sens qu'il faudrait donner à la notion d'investissement direct étranger. Cette indétermination, qui est habituelle au traité, a pu être surmontée par la Commission qui, dans une communication du 7 juillet 2010⁷⁰⁰, précise que pour une telle définition, il faut se référer au droit dérivé, et notamment à la directive n° 88/361 CEE du 24 juin 1988⁷⁰¹. Cette dernière a pu définir les investissements directs étrangers comme des investissements de toute nature auxquels procèdent les résidents communautaires ou des pays tiers, et "*servant à créer ou à maintenir des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et le chef d'entreprise ou l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue de l'exercice d'une activité économique*". S'agissant des participations dans des entreprises nouvelles ou existantes, cet objectif visant à créer ou à maintenir des liens économiques durables présuppose que "*le paquet d'actions qui se trouve en possession d'une personne physique, d'une entreprise ou de tout autre détenteur, donne à ces actionnaires, soit en vertu de la législation nationale sur les sociétés par actions, soit autrement, la possibilité de participer effectivement à la gestion de cette société ou à son contrôle*".

726. En clair, si l'on se réfère à cette directive, la compétence exclusive de l'Union telle que ressortant des articles 206 et 207 du TFUE, s'appliquerait aux opérations consistant notamment, soit à créer une entreprise nouvelle - investissement de création -, soit à modifier le statut de propriété d'une entreprise existante⁷⁰².

⁷⁰⁰ Op. Cit.

⁷⁰¹ Op. Cit.

⁷⁰² Prises de participations, fusions acquisitions...

727. Mais, qu'en est-il dès lors des investissements indirects, à savoir ceux définis par la directive précitée, comme des achats d'actions ou d'obligations dans la seule intention de réaliser un placement financier, et non de chercher à influencer sur la gestion de la société? La réponse à cette question est cruciale, quand on sait l'importance grandissante qu'ont pris les Fonds Souverains qui, sous l'apparence d'investissements à visée exclusivement financières, n'hésitent pas à s'inscrire dans une dynamique de prise de contrôle rampante, aux fins notamment de s'approprier certaines technologies sensibles. Si l'on s'en tient à la définition donnée par le droit dérivé, les investissements indirects seraient exclus de la compétence exclusive de l'Union. Une telle circonstance est de nature à enlever toute cohérence, ou du moins, à compliquer la mise en œuvre de la politique d'investissement commune. En pratique, on se retrouverait dans une situation où l'Union ne pourrait seule conclure que les accords d'investissements se rapportant aux investissements directs étrangers, et devrait s'associer aux États membres pour conclure les accords mixtes⁷⁰³. Dans ce cas, des divergences entre ces derniers peuvent nuire à la conduite des négociations, et à la conclusion de tels accords. Pire, cette politique se traduirait par un enchevêtrement d'accords bilatéraux d'investissements.

728. Face à ce risque d'amointrissement de l'efficacité de la politique d'investissement commune, la Commission européenne n'a pas hésité à dire que l'Union pouvait se prévaloir d'une compétence exclusive en matière d'investissements indirects. En effet, l'institution européenne affirmait dans sa communication du 7 juillet 2010⁷⁰⁴ que la politique menée en matière d'investissement devait être cohérente avec le chapitre du traité sur les capitaux et les paiements. Elle ajoutait que ce chapitre ne prévoyait pas expressément la possibilité de conclure des accords internationaux en matière d'investissements de portefeuille. Mais elle affirmait que "(...), dans la mesure où les accords internationaux en matière d'investissements ont une incidence sur le champ d'application des règles communes fixées dans le chapitre du traité sur les capitaux et les paiements, l'Union aurait implicitement la compétence exclusive

⁷⁰³ A savoir ceux mettant en jeu les investissements directs étrangers et les investissements indirects.

⁷⁰⁴ Op. cit.

pour la conclusion d'accords dans ce domaine".

729. Ces précisions faites, il faut dire qu'outre la question de l'inclusion des investissements indirects, la nouvelle compétence de l'Union en matière d'investissements directs étrangers, soulève des interrogations afférentes son autonomie et aux aspects des investissements y relevant.

B) Les questions relatives à l'autonomie et aux aspects des investissements relevant de la compétence exclusive de l'Union

730. La portée de la compétence exclusive pose des interrogations auxquelles il importe de répondre si on veut donner une cohérence à la politique d'investissement commune. Ces interrogations tournent autour de l'autonomie de cette compétence exclusive (1), ainsi que des aspects des investissements y relevant (2).

1) La problématique afférente à l'autonomie de la compétence exclusive de l'Union en matière d'investissements indirects étrangers

731. Devrait-on considérer la compétence exclusive de l'Union en matière d'investissements directs étrangers comme autonome, ou comme accessoire à sa compétence en matière commerciale? auquel second cas, une telle compétence ne devrait s'exercer qu'accessoirement lors de la négociation et la conclusion d'accords commerciaux.

732. Cette interrogation n'est pas fortuite car l'architecture du traité peut prêter à confusion. En effet, les articles 206 et 207 qui fondent la compétence exclusive de l'Union en matière d'investissements directs étrangers, se trouvent au Titre II intitulé politique commerciale commune. De plus, l'article 133 du TCE disposait que "*La politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne les modifications tarifaires, la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux, l'uniformisation des mesures de libération,*

la politique d'exportation, ainsi que les mesures de défense commerciale, dont celles à prendre en cas de dumping et de subventions". Cette disposition qui fondait la compétence de l'Union en matière commerciale, a été remplacée par l'article 207 du TFUE qui dispose que "La politique commerciale commune est fondée sur des principes uniformes, notamment en ce qui concerne les modifications tarifaires, la conclusion d'accords tarifaires et commerciaux relatifs aux échanges de marchandises et de services, et les aspects commerciaux de la propriété intellectuelle, les investissements étrangers directs, l'uniformisation des mesures de libéralisation, la politique d'exportation, ainsi que les mesures de défense commerciale, dont celles à prendre en cas de dumping et de subventions. La politique commerciale commune est menée dans le cadre des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union". On voit qu'au final, la compétence exclusive de l'Union en matière d'investissements directs étrangers s'appuie sur une disposition qui à l'origine était relative à la politique commerciale. Une telle circonstance pourrait amener à subordonner cette compétence à celle afférente au commerce.

733. Cette interprétation restrictive de la compétence exclusive de l'Union en matière d'investissements a été défendue par Krajewiki⁷⁰⁵. Selon cet auteur, seuls les aspects commerciaux des investissements devraient être inclus dans la politique d'investissement commune. À l'appui de son interprétation, l'auteur fait notamment valoir que dans les discussions préalables à l'adoption du traité de Lisbonne, il n'y avait pas trace de délibérations suggérant qu'il faille aller au delà des aspects commerciaux des investissements directs étrangers.

734. Réfutant quelque peu cette interprétation restrictive, des auteurs⁷⁰⁶ ont pu prendre position en faveur d'une autonomie de la compétence exclusive de l'Union en matière d'investissements directs étrangers. Pour eux, l'un des objectifs assignés à l'Union par le traité en son article 206, est l'interdiction des restrictions au commerce international et aux investissements directs

⁷⁰⁵ M.Krajewiki, "External Trade Law and the Constitution Treaty: Towards a Federal and More Democratic Common Commercial Policy?", 42 CML Rev (2005) 91, at 100–102.

⁷⁰⁶ Wenshua Shan et Sheng Zhang, " The Treaty of Lisbon: half way toward a common investment policy", European Journal on International Law, n° 21 (2010), p. 1049-1073.

étrangers. Il s'agit dès lors, de deux objectifs parallèles et assurément différents. Une telle différenciation ne permet pas de subordonner les investissements directs étrangers au commerce. Réfutant davantage l'interprétation étroite de la compétence exclusive de l'Union, les mêmes auteurs s'appuient sur la lettre de l'article 207 du TFUE. En effet, lorsque seuls les aspects commerciaux sont inclus dans la compétence exclusive de l'Union, le traité le précise, à l'instar de la propriété intellectuelle.

735. Ces arguments sont en tout point conformes avec la position de la Commission, qui dans sa communication du 7 juillet 2010⁷⁰⁷, prévoyait à court terme, de conclure des accords d'investissements autonomes, et même d'inclure dans la compétence exclusive de l'Union tous les aspects des investissements.

2) La problématique afférente aux aspects des investissements relevant de la compétence exclusive de l'Union

736. Pour bien comprendre les enjeux qui tournent autour de la problématique afférente aux aspects des investissements devant relever de la compétence exclusive de l'Union, il importe de rappeler le schéma gouvernant la signature des accords internationaux en matière d'investissement⁷⁰⁸. À ce sujet, les traités internationaux en matière d'investissement tendent schématiquement à répondre à deux questions: *Puis-je investir dans un pays donné ? Si oui, que devient mon investissement par la suite ?* Ces questions appellent des réponses relatives respectivement à l'accès au marché, et à la protection ou au traitement des investisseurs. Il existe deux types d'accords bilatéraux sur les investissements:

- les traités bilatéraux sur l'investissement, que l'on qualifie usuellement *d'accords sur la promotion et la protection de l'investissement*;

⁷⁰⁷ Op. cit.

⁷⁰⁸ Mauro Petriccione, "Les mutations des investissements internationaux, la question des fonds souverains et les politiques de l'Union", op. cit.

- les accords de libre échange dénommés *Accords Commerciaux Régionaux*, ci après *ACR*.

737.En pratique, jusqu'ici, le premier type d'accords ressortissait de la compétence des États, et répondait au devenir de l'investissement, alors que le second ressortissait de la compétence de l'Union, et répondait à l'accès au marché.

738.Cependant, compte tenu de l'imprécision des articles 206 et 207 du TFUE, la nouvelle compétence exclusive de l'Union en matière d'investissements directs étrangers, pose la question de la possibilité d'inclure les aspects afférents au devenir de l'investissement. La réponse à cette interrogation est cruciale car l'efficacité d'une politique d'investissement commune dépend de sa cohérence, laquelle peut être mise à mal si plusieurs acteurs intervenaient dans la vie d'un investissement.

739.Répondant à cette interrogation, Leczykiewicz⁷⁰⁹ soutient que cette compétence exclusive devrait couvrir tous les aspects relatifs à l'accès au marché des capitaux, en excluant ceux relatifs au devenir de l'investissement, qui eux, devraient relever de la compétence des États.

740.Cette conception étroite a été battue en brèche par Wenshua Shan et Sheng Zhang⁷¹⁰. Ces auteurs estiment notamment qu'il est difficile de tracer une frontière claire entre les politiques en matière d'investissements qui traitent de l'accès au marché, et celles afférentes au devenir de l'investissement. Pour exemple selon eux, une augmentation significative de l'impôt sur le bénéfice peut être considérée comme une mesure relative au traitement de l'investissement. Mais, une telle mesure peut avoir des implications en terme d'accès au marché, car la décision d'investir - et donc d'entrer sur le marché - peut dépendre du traitement fiscal des bénéfices générés par l'investissement. Enfin, faisant une analogie avec l'avis n° 1/78⁷¹¹ dans lequel la CJCE avait affirmé que la politique commerciale commune ne se limitait pas à la libération du commerce, mais aussi à la régulation de celui-ci. Ces auteurs estiment que la politique

⁷⁰⁹ "Common Commercial Policy: The Expanding Competence of the European Union in the Area of International Trade", 6 *German LJ* (2005) 1673, at 1678.

⁷¹⁰ Op. Cit.

⁷¹¹ Avis de la Cour du 4 octobre 1979, rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, deuxième alinéa du TCEE, Accord international sur le caoutchouc naturel, Rec., 1979 page 02871.

d'investissement commune devrait être interprétée comme couvrant à la fois les mesures d'accès au marché, et celles relatives au devenir de l'investissement.

741. Proche de cette acception large, Ceyskens⁷¹² estime que la compétence exclusive de l'Union devrait couvrir l'accès au marché et le devenir de l'investissement. S'agissant de ce dernier aspect, il exclut l'Union au bénéfice d'une compétence exclusive quant aux questions relatives à la protection contre l'expropriation et au traitement juste et équitable. À ce sujet, si le premier concept ne pose pas de difficultés conceptuelles particulières, tel n'est pas le cas du second, qui peut être défini comme une norme conventionnelle imposant à l'État d'accueil un standard de traitement de l'investissement étranger réalisé sur son territoire par un investisseur privé ressortissant de l'État avec lequel il a contracté le traité bilatéral d'investissement. Ce traitement vise à assurer à un tel investisseur la sécurité et la pérennité de son investissement. Cette précision faite, s'appuyant sur le paragraphe 6 de l'article 207 du TFUE, et sur le principe du "*parallélisme*" développé par la Cour notamment dans l'avis n° 1/94⁷¹³, Ceyskens estime que là où l'Union ne dispose pas de compétence interne, il n'est pas besoin de protéger l'uniformité des règles européennes en poursuivant une politique commerciale commune. En définitive selon lui, l'expropriation et le traitement juste et équitable ne doivent pas être inclus dans la politique commerciale commune, et partant dans la politique d'investissement commune, du fait qu'ils ne relèvent pas du marché intérieur.

742. Cette interprétation a été rejetée par Wenshua Shan et Sheng Zhang⁷¹⁴. Selon ces auteurs, la portée de la compétence exclusive de l'Union en matière d'IDE, ne doit pas être limitée aux domaines où l'Union a déjà exercé sa compétence interne. Ils font remarquer que même en l'absence de mesures internes, le paragraphe 1 de l'article 207 du TFUE accorde à l'Union une compétence externe exclusive et explicite. S'agissant précisément des deux domaines exclus par Ceyskens du champ de la compétence exclusive de l'Union, Wenshua Shan et Sheng Zhang

⁷¹² Ceyskens, "*Towards a Common Foreign Investment Policy? Foreign Investment in the European Commission*", 32 *Legal Issues of Economic Integration* (2005) 259 at 274.

⁷¹³ CJCE, 15 novembre 1994, OMC, Rec., CJCE 1994, I, p. 5267.

⁷¹⁴ Op. cit.

évoquent les travaux de Dimopoulos⁷¹⁵, qui a pu relever que l'article 345 du TFUE a été interprété comme conférant aux États membres uniquement le pouvoir de décider de l'opportunité et non des conditions d'une expropriation. Partant, ils concluent qu'on peut légitimement admettre l'Union au bénéfice du droit de déterminer les conditions d'une expropriation relative aux investissements directs étrangers. Pour ce qui est du traitement juste et équitable, Wenshua Shan et Sheng Zhang affirment que cette règle est entrée dans le champ du droit international, et n'est pas nécessairement déterminée par la loi du pays d'accueil de l'investissement. À l'appui de cette affirmation, ces auteurs en appellent aux débats qui ont précédé en 1967, la convention de l'OCDE sur la protection des biens étrangers, et surtout la Commission du libre échange de l'Accord de Libre Echange Nord Américain - ci-après l'ELENA - qui a souligné en substance, que le traitement juste et équitable dont faisait référence l'accord en son article 1105, paragraphe 1, était une norme standard du droit international coutumier.

743. Dans sa communication du 7 juillet 2010⁷¹⁶, la Commission a pu rompre avec le suspens qui a agité la doctrine sur la question des aspects des investissements devant être du ressort de la compétence exclusive de l'Union. Ainsi, et de manière non équivoque, l'institution européenne affirmait qu'"une politique en matière d'investissements internationaux doit mieux répondre aux besoins des investisseurs internationaux du stade de la planification à celui des profits ou du stade antérieur à l'établissement à celui postérieur à l'établissement". La Commission prenait ensuite le soin de lister toutes les normes devant être englobées par les futurs traités d'investissements, notamment, le traitement juste et équitable, la "*protection totale*" après admission, les clauses de la nation la plus favorisée, la protection contre l'expropriation et l'indemnisation. S'agissant précisément de la protection contre l'expropriation, la Commission affirmait que "(...) bien qu'il découle de l'article 345 du TFUE que le traité est sans incidence

⁷¹⁵ Dimopoulos, "*The Common Commercial Policy After the Lisbon Treaty: Establishing Parallelism Between Internal and External Economic Relations?*", 4 *Croatian Yrbk European L and Policy* (2008) 101.

⁷¹⁶ Op. cit.

sur le droit d'un État membre à décider si un actif doit relever de la propriété publique ou privée, la jurisprudence de la Cour montre que cela n'a pas pour effet de faire échapper les mesures d'expropriation aux règles fondamentales du traité, dont celles relatives à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux⁷¹⁷. Par conséquent, les mesures d'expropriation dans l'UE devraient être non discriminatoires⁷¹⁸ et proportionnées pour atteindre leur objectif légitime (par exemple en prévoyant une compensation adéquate)⁷¹⁹. L'Union devrait donc prévoir des clauses précises couvrant cet aspect dans ses propres futurs accords de commerce ou d'investissement. Il y a lieu de définir clairement l'équilibre entre les différents intérêts en jeu, tels que la protection des investisseurs contre l'expropriation illégale ou le droit de chaque partie à régler dans l'intérêt général. Il convient également de prévoir des clauses UE garantissant le libre transfert des fonds de capitaux et de paiements par les investisseurs". Par cette position, la Commission admettait les États au bénéfice d'une compétence quant aux décisions relatives à l'opportunité d'une expropriation, mais affirmait que l'Union gardait des prérogatives quant aux conditions d'une telle opération.

744. Une troisième approche⁷²⁰ relative aux aspects des investissements devant être inclus dans la compétence exclusive de l'Union, vise à accorder à cette dernière une "compétence de négociation" et non une "compétence substantielle". Selon cette approche, les États membres garderaient compétence quant aux investissements directs étrangers. La Commission quant à elle se verrait attribuer un mandat de négociation par décision à l'unanimité des États. En cas de désaccord entre ces derniers, la Commission se verrait attribuer un mandat qui tienne compte de toutes les spécificités nationales.

745. Une fois ces positions doctrinales et institutionnelles présentées, il importe de discuter de leur

⁷¹⁷ La Commission rappelait ici la position de la Cour sur la question. En ce sens, voir notamment CJCE, 23 février 2003, aff. C-452/01, *Ospelt*, Rec., 2003, p. I-9743, point 24; CJCE, 1er juin 1999, aff. C-302/97, *Konle*, Rec., 1999, p. I-3099, point 38.

⁷¹⁸ CJCE, 6 novembre 1984, aff. C-182/83, *Fearon*, Rec., 1984, p. 3677.

⁷¹⁹ Cour de justice de l'AELE, du 26 juin 2007, aff. E-2/06, *Autorité de surveillance AELE/Norvège*, point 79; article 17, paragraphe 1, de la Charte européenne des droits fondamentaux.

⁷²⁰ Lorenza Mola, "Which Role for the EU in the Development of International Investment Law?", in Conférence inaugurale de la Société de Droit International Economique (Genève, juillet 2008).

pertinence.

Paragraphe 2 : Acceptions afférentes au champ d'application matériel et à la portée de la compétence exclusive de l'Union: quelle pertinence?

746.La prise en compte par l'Union des préoccupations des États quand ils défendent leurs entreprises stratégiques passe par l'établissement d'une politique d'investissement commune cohérente. Or, cette homogénéité nécessite une délimitation claire des compétences entre l'Union et les États. C'est tout l'enjeu qui tourne autour des questions relatives au champ d'application matériel et à la portée de la compétence de l'Union.

747.Considérer la compétence exclusive de l'Union en matière d'investissements comme subordonnée à celle relative au commerce, ou encore, comme ne couvrant pas tous les aspects des investissements, ce serait notamment cantonner cette organisation supranationale à la conclusion d'accords commerciaux comprenant des dispositions accessoires relatifs à l'accès au marché, laissant par voie de conséquence la faculté aux États de conclure des traités bilatéraux d'investissements relatifs au traitement de l'investissement⁷²¹. Envisager cette compétence exclusive comme excluant les investissements indirects, ce serait reconnaître une compétence partagée entre l'Union et les États dans ce domaine, ce qui nécessiterait la présence des deux pour conclure des accords internationaux incluant de tels investissements.

⁷²¹ Cette architecture correspond à celle qui prévalait avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Les États se préoccupaient peu des questions relatives à l'accès au marché, préférant traiter des questions relatives au traitement des investissements au travers des Traités Bilatéraux d'Investissements, laissant le soin à l'Union de traiter des questions relatives à l'accès au marché.

Cette situation serait de nature à rendre incohérente la politique d'investissement commune car l'Union et les États ne parlent pas toujours d'une même voix.

748. Ces cas de figure sont révélateurs des risques que font peser l'imprécision textuelle, laquelle ouvre la voie à différentes interprétations. Il faut cependant dire que la conception restrictive de cette compétence pourrait se traduire par un enchevêtrement de traités bilatéraux, rendant par voie de conséquence la politique européenne en matière d'investissements illisible. Ces menaces imposent dès lors une acception extensive.

749. Une telle conception, qui prône l'autonomie de la compétence exclusive de l'Union, ainsi que l'inclusion des investissements indirects et de tous les aspects des investissements, interpelle cependant quant à sa pertinence juridique. À ce sujet, s'agissant de l'autonomie de cette compétence exclusive, nous adhérons à la position de la Commission, et surtout aux arguments développés par Wenshua Shan et Sheng Zhang⁷²². En effet, s'appuyant sur l'article 206 qui dispose que " (...), *l'Union contribue, dans l'intérêt commun, au développement harmonieux du commerce mondial, à la suppression progressive des restrictions aux échanges internationaux et aux investissements étrangers directs, ainsi qu'à la réduction des barrières douanières (...)*", ces auteurs ont pu déduire l'autonomie de cette compétence exclusive, des objectifs différenciés qui ont été assignés à l'Union par le traité. De plus, comme noté précédemment, lorsque seuls les aspects commerciaux sont inclus dans la compétence exclusive de l'Union, l'article 207 du TFUE le précise, à l'instar de la propriété intellectuelle.

750. Si la question de l'autonomie de la compétence exclusive de l'Union en matière d'investissements ne pose pas de difficultés juridiques particulières, tel n'est pas le cas de celles relatives à l'inclusion des investissements indirects et de tous les aspects de la vie d'un investissement. À ce sujet, si l'article 207, paragraphe 1, semble donner compétence exclusive à l'Union en matière d'investissements directs étrangers, le paragraphe 1 de l'article 2 du TFUE dispose que, "*lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence exclusive dans un*

⁷²² Op. Cit.

domaine déterminé, seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, (...)". De la combinaison de ces deux textes, on peut déduire que l'Union a une compétence externe explicite et exclusive en matière d'investissements directs étrangers, mais aussi qu'elle n'est pas compétente en matière d'investissements indirects. De plus, l'article 207 du TFUE reste muet quant à la question relative au de traitement de l'investissement.

751. Dès lors, comment reconnaître à l'Union une compétence externe et exclusive qui n'est pas explicitement consacrée par le traité ? Confrontée à une telle situation, la jurisprudence à pu faire valoir *la théorie des compétences externes implicites*. Il importe dès lors de présenter cette théorie (**A**), avant de voir si elle permet de valider l'acception extensive de la compétence exclusive de l'Union, visant à inclure les investissements indirects et les aspects relatifs au traitement de l'investissement (**B**).

A) La théorie des compétences externes implicites

752. La théorie des compétences externes implicites⁷²³ permet de reconnaître à l'Union des compétences externes non explicitement consacrées (**I**), et même de consacrer l'exclusivité de telles compétences (**2**).

1) La reconnaissance d'une compétence externe non explicitement consacrée

753. Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, pour étendre le champ des compétences externes de la Communauté au delà des prescriptions formelles des textes originaires, la Cour a fait appel à partir des années 1970, à la théorie des compétences externes implicites.

⁷²³ En ce sens, voir Joël RIDEAU, "Accords internationaux", Répertoire de droit européen, Dalloz, mars 2011 (dernière mise à jour : janvier 2014). ; Valérie Michel "Les compétences externes implicites : continuité jurisprudentielle et clarification méthodologique", Revue Europe novembre 2006, n° 10, p. 4-8. ; Jacqueline Dutheil de la Rochère, "L'ère des compétences partagées ; À propos de l'étendue des compétences extérieures de la Communauté Européenne", RMCUE août 1995, n° 390, p. 461-470.

L'institution judiciaire européenne a pu considérer que la compétence communautaire "*pour prendre des engagements internationaux peut non seulement résulter d'une attribution explicite par le traité, mais également découler de manière implicite de ses dispositions*"⁷²⁴.

754. Dans le célèbre arrêt AETR⁷²⁵, malgré l'absence dans le traité, de dispositions spécifiques attribuant compétence à la Communauté pour négocier et conclure des accords internationaux dans le domaine de la politique commune des transports, la Cour a pu admettre cette dernière [la communauté] au bénéfice d'une compétence externe dans la mesure nécessaire à la réalisation des buts du traité. Dans cette affaire, l'institution judiciaire européenne a fait appel au "*système général du droit communautaire*", pour déduire que la compétence de la communauté pour conclure des accords internationaux "*résulte non seulement d'une attribution explicite par le traité (...), mais peut également découler d'autres dispositions du traité et d'actes pris, dans le cadre de ces dispositions par les institutions de la Communauté*". On voit très clairement la logique de la Cour qui n'a pas hésité à aligner, dans une matière donnée, des compétences externes sur les compétences internes.

755. Ce raisonnement, transposable à l'Union, a par la suite été affiné. Ainsi, la compétence externe implicite a pu se déduire de l'existence d'une compétence interne, que cette dernière ait déjà été exercée par l'adoption⁷²⁶ ou non⁷²⁷ d'actes juridiques.

756. Au total, s'il est juridiquement possible de déduire la compétence externe de l'Union de sa compétence interne, reste à résoudre la question de l'exclusivité de cette compétence externe implicite.

⁷²⁴ CJCE 19 mars 1993, avis n° 2/91, Rec., 1993 p. I-01061.

⁷²⁵ CJCE 31 mars 1971, aff. 22/70, *Commission c/ Conseil (AETR)*, Rec., 1971, p. 00263.

⁷²⁶ En ce sens arrêt AETR. Op. cit.

⁷²⁷ CJCE, 14 juillet 1976, *Kramer*, Rec., 1976, p. 01279.

2) La question de l'exclusivité de la compétence externe non explicitement consacrée

757.Dans l'arrêt AETR⁷²⁸, la Cour affirmait que dès lors que *"pour la mise en œuvre d'une politique commune prévue par le traité, la communauté a pris des dispositions instaurant (...) des règles communes, les États membres ne sont plus en droit de contracter (...) avec les États tiers des obligations affectant ces règles"*. Par cette position, la Cour admettait la Communauté au bénéfice d'une compétence externe exclusive dans des domaines couverts en interne par des règles préalablement adoptées. L'institution judiciaire européenne justifiait cette position en affirmant qu'*"on ne saurait dans la mise en œuvre des dispositions du traité, séparer le régime des mesures internes à la Communauté de celui des relations extérieures"*⁷²⁹.

758.Par la suite, dans l'avis n°1/94⁷³⁰, la Cour affirmait que si la compétence en cause n'avait pas été exercée au plan interne, la compétence externe qui en découlait, existait au profit de l'Union, mais n'avait pas de caractère exclusif. Il en résultait dès lors que l'exclusivité de la compétence était limitée au champ *rationae materiae* des actes internes déjà adoptés. La Cour affinait sa position⁷³¹, en considérant que l'admission de l'Union au bénéfice d'une compétence externe à la fois implicite et exclusive, devait résulter d'une *"analyse concrète de la relation qui existe entre l'accord envisagé et le droit communautaire en vigueur"*, aux fins de dire si la conclusion d'un tel accord *"est susceptible d'affecter les règles communautaires"*. Dans une série d'affaires portant sur des accords afférents au transport aérien, la Cour précisait sa position sur l'exigence d'exercice préalable de la compétence interne. L'institution judiciaire européenne admettait que la compétence exclusive de la Communauté puisse être fondée sur l'existence d'actes internes adoptés non pas avant la conclusion de l'accord international, mais à

⁷²⁸ Op. cit.

⁷²⁹ Arrêt AETR, Op. Cit.

⁷³⁰ CJCE, 15 novembre 1994, avis n°1/94, Rec., 1994, p. I-05267.

⁷³¹ CJCE, 7 février 2006, avis n° C-1/03, Rec., 2006, I. 01145.

l'occasion de cette conclusion, voire même à sa suite, pour assurer la mise en œuvre interne de cet accord⁷³².

759. Cette jurisprudence extensive a été codifiée dans le TFUE. En effet, l'article 3, paragraphe 1, dispose que "*l'Union dispose (...) d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée*". Dans le même sens, l'article 216, paragraphe 1, énonce que "*l'Union peut conclure un accord avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales lorsque les traités le prévoient ou lorsque la conclusion d'un accord, soit est nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs visés par les traités, soit est prévue dans un acte juridique contraignant de l'Union, soit encore est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée*".

760. Reste à voir si ces fondements jurisprudentiels et textuels permettent de valider la conception extensive de la compétence exclusive de l'Union en matière d'investissements.

⁷³² CJCE, 5 novembre 2002, aff. C-466/98, C-467/98, C-468/98, C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98 et C-476/98, *Commission c/ Royaume-Uni, Danemark, Suède, Finlande, Belgique, Luxembourg, Autriche, Allemagne*, Rec., 2002, I- 09427, 09519, 09575, 09627, 09681, 09741, 09797, 09855. Dans ces affaires, reprochant à huit États membres, (le Royaume-Uni, le Danemark, la Suède, la Finlande, la Belgique, le Luxembourg, l'Autriche et l'Allemagne) d'avoir empiété sur sa compétence exclusive en concluant avec les États-Unis des accords bilatéraux en matière de trafic aérien, dits de "*ciel ouvert*", la Commission avait saisi la Cour d'un recours en manquement. À l'issue de la procédure, l'institution juridictionnelle n'a pas reconnu à la Communauté une compétence externe explicite en matière de transport aérien, mais a estimé que la compétence de cette dernière pour conclure des accords internationaux pouvait résulter de manière implicite du traité. La Cour décidait que "*lorsque la Communauté a instauré des règles communes, les États membres ne sont plus compétents pour s'engager avec les pays tiers, si ces engagements affectent les règles communes*". Les règles communes en question étaient des règlements adoptés par le Conseil. La Cour a analysé au cas par cas lesdits règlements et a estimé que ceux relatifs à l'octroi par les États membres de licences d'exploitation relatives aux transporteurs aériens établis dans la Communauté et à l'accès des transporteurs aériens communautaires aux liaisons intracommunautaires ne fondaient pas une compétence externe de la Communauté dans le cas d'espèce, mais que cette dernière disposait d'une compétence exclusive en matière de fixation des tarifs aériens sur les liaisons intracommunautaires pour les transporteurs non-communautaires et de systèmes informatisés de réservation. En conséquence, en signant des accords bilatéraux incluant ces aspects le Danemark, la Suède, la Finlande, la Belgique, le Luxembourg, l'Autriche et l'Allemagne n'avaient pas respecté leurs obligations communautaires.

B) Acception extensive de la compétence exclusive de l'Union et théorie des compétences externes implicites

761. Face au risque d'amointrissement du champ d'application matériel et de la portée de la politique d'investissement commune, la Commission européenne, dans sa communication du 7 juillet 2010⁷³³, n'a pas hésité à dire que l'Union pouvait non seulement se prévaloir d'une compétence exclusive en matière d'investissements indirects, mais que cette exclusivité couvrait tous les aspects des investissements.

762. S'agissant de l'inclusion des investissements indirects, l'institution européenne affirmait que la politique menée en matière d'investissements devait être cohérente avec le chapitre du traité sur les capitaux et les paiements. Elle ajoutait que ce chapitre ne prévoyait pas expressément la possibilité de conclure des accords internationaux en matière d'investissements, y compris en matière d'investissements de portefeuille, mais que "(...), *l'Union aurait implicitement la compétence exclusive pour la conclusion d'accords dans ce domaine*". A l'appui de cette affirmation, la Commission, faisait référence sans plus de précision, à l'article 3, paragraphe 2 du TFUE, qui dispose que "*l'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée*". Selon la dernière condition posée par cette disposition, l'Union peut se prévaloir d'une compétence exclusive en matière d'accords internationaux dans la mesure où la conclusion de tels accords est "*susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée*". C'est donc sur cette condition que la l'autorité européenne semblait s'appuyer pour fonder sa compétence externe exclusive en matière d'investissements indirects. S'agissant des règles susceptibles d'être altérées, la Commission déclarait qu'elle aurait implicitement compétence

⁷³³ Op. Cit.

quant aux investissements indirects dans la mesure où les accords internationaux y afférant "ont une incidence sur le champ d'application des règles communes fixées dans le chapitre du traité sur les capitaux et les paiements". Dès lors, toute la question est de savoir si ce visa est juridiquement pertinent. Répondre à cette interrogation revient à démontrer que la conclusion d'un accord international portant sur les investissements indirects peut altérer les règles sur la libre circulation des capitaux.

763.À la vérité, les États comme l'Union peuvent légitimement prétendre conclure des accords internationaux relevant de cette matière, du fait qu'elle est du domaine des compétences partagées. Mais, la conclusion de nouveaux traités d'investissements par les États est effectivement susceptible d'affecter le principe de la libre circulation des capitaux, car ces derniers, soucieux de protéger leurs secteurs stratégiques, peuvent être tentés de prévoir des règles protectrices qui ne coïncident pas forcément avec les secteurs liées aux exceptions posées par l'article 65 du TFUE et notamment: la sécurité publique et l'ordre public. Une telle circonstance validerait la compétence externe exclusive de l'Union en matière d'investissements indirects.

764.Une difficulté reste néanmoins à surmonter. En effet, le paragraphe 6 de l'article 207 du TFUE dispose que "*l'exercice des compétences attribuées par le présent article dans le domaine de la politique commerciale commune n'affecte pas la délimitation des compétences entre l'Union et les États membres et n'entraîne pas une harmonisation des dispositions législatives ou réglementaires des États membres dans la mesure où les traités excluent une telle harmonisation*". Prise à la lettre, cette disposition relativiserait notre analyse, tendant à admettre l'Union au bénéfice d'une compétence exclusive en matière d'investissements indirects. Ainsi, selon cette disposition, l'exercice des compétences attribuées à l'Union en matière de politique commerciale et donc en matière d'investissements indirects - par extension -, ne doit pas entraîner une harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États dans la mesure où les traités les excluent. De plus, le principe de

compétence partagée doit être respecté. Or, les investissements indirects, qui font partie du chapitre afférent aux capitaux, sont du domaine des compétences partagées. Cependant, au paragraphe 6 de l'article 207 du TFUE, on peut opposer le fait que les traités n'interdisent pas une harmonisation des règles afférentes aux investissements indirects. De plus, à l'exigence de non affectation de la délimitation des compétences entre l'Union et les États membres, on peut opposer l'article 2 paragraphe 2 du TFUE qui dispose que "(...). *Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne*". C'est donc dire, que l'exercice de la compétence nationale est tributaire de l'usage de la compétence européenne. En clair, si le principe des compétences partagées ne se traduit pas *ab initio* par une incompétence des États, cet effet survient à raison de l'exercice de la compétence européenne. L'Union européenne peut donc prétendre à une compétence exclusive en matière d'investissements indirects. Une telle compétence n'exclut cependant pas la celle des États, qui elle, reste latente. Une telle analyse ne permet pas de conclure à l'altération du principe de compétences partagées.

765. Si le paragraphe 2 de l'article 3 du TFUE permet de valider la compétence externe et exclusive de l'Union en matière d'investissements indirects, qu'en est-il dès lors des questions relatives au traitement de l'investissement? Dans la communication précitée, la Commission admettait l'Union au bénéfice d'une compétence quant aux matières telles que : le principe de non discrimination - matérialisé par le "*traitement de la nation la plus favorisée*" et le "*traitement national*" -, le traitement juste et équitable, la protection contre l'expropriation, la protection de la possibilité de transfert de capitaux. Toute la question est dès lors de savoir si cette affirmation est juridiquement pertinente.

766. Si le libre transfert de capitaux fait l'objet de dispositions pertinentes pouvant être contrariées par la conclusion par les États de traités bilatéraux d'investissement, tel ne semble pas être le cas des autres matières afférentes au traitement de l'investissement. Pour exemple, le principe

du traitement juste et équitable est un standard issu du droit international des investissements⁷³⁴ protégeant les investisseurs. Inscrit dans la plupart des traités bilatéraux d'investissement, il semble appartenir au droit international coutumier. En conséquence, les États comme l'Union peuvent prétendre avoir compétence sur ce principe. De plus, il n'existe pas en droit de l'Union, de dispositions pertinentes afférentes au traitement juste et équitable pouvant être contrariées par la conclusion par les États de traités bilatéraux. Quant à la protection contre l'expropriation, l'article 345 du TFUE qui dispose que "*les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres*", semble faire obstacle à la compétence externe exclusive de l'Union. Sauf à considérer, comme le note si bien la Commission dans communication du 7 juillet 2010⁷³⁵, que la liberté des États membres membre de décider si un actif doit relever de la propriété publique ou privée, est encadrée par "*les règles fondamentales du traité, dont celles relatives à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux*". Ces règles imposent que les mesures d'expropriations soient "*non discriminatoires et proportionnées pour atteindre leur objectif légitime (par exemple en prévoyant une compensation adéquate)*". La compétence externe exclusive de l'Union se limiterait donc à ces aspects de la protection contre l'expropriation.

767. Il apparaît au total, que si la compétence externe exclusive de l'Union en matière d'investissements peut englober les investissements indirects, son extension aux aspects relatifs au traitement de l'investissement semble être problématique. Ce qui imposerait la présence des États pour la négociation et la conclusion des accords internationaux traitant par exemple du traitement juste et équitable. Un tel constat milite en faveur d'une réelle prise en compte des préoccupations *patriotiques* des États, laquelle passe par un savant dosage entre ouverture aux capitaux extra européens et protection des secteurs stratégiques.

⁷³⁴ CIRDI, Aff. n° ARB/02/1, *LG&E c/ Argentine*, décision sur la responsabilité du 3 octobre 2006.

⁷³⁵ Op. Cit.

Section II : Une politique nécessitant un équilibre entre ouverture aux investissements en provenance des pays tiers et protection des secteurs stratégiques

768.L'Union européenne dispose aujourd'hui de leviers juridiques et opérationnels permettant de conduire une politique d'investissement commune qui comprenne la quasi-totalité des aspects des investissements étrangers⁷³⁶. Si elle parvient à mettre sur pied une stratégie cohérente et crédible, les barrières réglementaires et informelles mises en place par certains États membres pour notamment protéger leurs secteurs sensibles, ne manqueront pas, sinon de s'atténuer, du moins de tomber. Cette stratégie passe par une dynamique visant à coordonner la politique en matière d'investissements avec les politiques économiques, industrielles et énergétiques de l'Union et des États membres. De ce point de vue, quoiqu'ayant été d'indéniables réussites, l'abolition des restrictions et la promotion de la libération en matière économique, commerciale et financière ont été réalisées sans objectifs communs. En effet, les États membres, soucieux de faire face à des impératifs notamment économiques et sociaux, n'hésitent pas à avancer en rang dispersé, reprochant aux autorités de l'Union de se faire les prosélytes d'une libéralisation consistant à ouvrir les portes de son territoire, sans que cette ouverture ne soit réciproque, ou ne se traduise en avantages pour eux.

769.Ce constat se vérifie aisément en matière de mouvements de capitaux en général, et en particulier en matière d'investissements. Dans sa communication du 7 juillet 2010⁷³⁷, la Commission affirmait clairement que les objectifs de l'Union étaient fermement orientés vers la suppression des entraves. L'institution européenne disait en effet que "*L'Union devrait*

⁷³⁶ Sous la réserve afférente aux questions relatives notamment au traitement juste et équitable et à l'expropriation.

⁷³⁷ Op. cit.

garantir que les investisseurs étrangers dans l'UE bénéficient de conditions de concurrence équitables, uniformes et optimales en matières d'investissements, en abolissant progressivement toutes les restrictions les affectant". Une telle perspective, visant à aborder les investissements sous l'angle abolitionniste, ne peut qu'être source d'inquiétudes pour les États membres qui risquent, face aux restrictions imposées par certains pays tiers, de se braquer et d'utiliser avec entrain leurs pouvoirs de contrôle sur les investissements étrangers.

770.Face à ces risques, il importe pour l'Union, de mettre la force de négociation que lui fournit sa nouvelle compétence en matière d'investissements, pour instaurer une politique d'investissement commune qui, sans conduire à un cloisonnement de son marché, sache instaurer des mécanismes aptes à réduire les asymétries prévalant dans l'appréhension des investissements afférents aux secteurs stratégiques (*Paragraphe II*). Encore faudrait-il savoir ce que recouvrent ces secteurs (*Paragraphe I*).

Paragraphe 1 : La qualification des secteurs stratégiques

771.Après avoir présenté les enjeux afférents à la qualification des secteurs stratégiques (*A*), nous essaierons, autant que faire se peut, de les définir dans une approche juridique (*B*).

A) Les enjeux afférents à la qualification des secteurs stratégiques

772.L'Union européenne doit-elle se protéger des investissements étrangers lorsqu'ils concernent les secteurs stratégiques? La réponse à cette question est certainement positive, car une étude comparée permet clairement d'établir que cette préoccupation est prégnante chez ses principaux partenaires économiques.

773.Pour exemple, les Etats-Unis autorisent a priori l'accès des investisseurs à leur marché, qui

constitue l'un des plus importants au monde, avec 18% du stock mondial d'investissements directs étrangers entrant en 2010⁷³⁸. Cependant, si dans ce pays, l'ouverture à ces investissements repose historiquement sur une tradition d'encouragement à l'accueil, la croissance de ces derniers a poussé les autorités à contrôler leur entrée sur le territoire. Ce durcissement s'est traduit en 1975 par la création du Comité sur l'investissement étranger - *Committee on Foreign Investment in the United States, ci-après CFIUS* -. Cette agence intergouvernementale relevant du trésor, était chargée de compiler les informations, d'examiner les acquisitions étrangères, d'en évaluer les impacts potentiels sur les intérêts nationaux et la sécurité nationale, et de coordonner les politiques. En 1988, un amendement à la loi de production pour la défense de 1950, connu sous le nom d'*Exon-Florio*, autorisait le président des États-Unis à examiner l'effet sur la *sécurité nationale* d'une prise de contrôle d'une entreprise américaine par une entité étrangère. Interprétée à l'époque comme n'incluant pas directement les facteurs économiques, cet amendement permettait au *CFIUS* de faire des enquêtes sur les investisseurs. Après les attentats du 11 septembre 2001, les États-Unis changèrent l'approche de la sécurité nationale. Cette nouvelle donne ne manqua pas d'avoir un impact sur les investissements directs étrangers. Aussi, les années qui ont suivi ont vu une explosion du nombre d'enquêtes. Suite à l'affaire de la tentative d'achat d'*Unocal* par la *China National Offshore Oil Corporation* - ci-après *CNOOC* -, le domaine de la sécurité nationale ne se limitait plus à la sphère militaire, mais incluait des champs économiques non précisés.

774. Le *Foreign Investment in National Security Act* - ci-après *FINSA* -, a fini de confirmer cette approche en renforçant les pouvoirs de l'administration dans l'instruction des dossiers. Ainsi, la procédure d'enquête du *CFIUS* devient obligatoire dès lors qu'une acquisition est réalisée par une entreprise contrôlée par un gouvernement étranger. La même solution est retenue

⁷³⁸ DG Trésor, mai 2012. Voir Jérôme Lambert et Philippe Armand Martin, "*Les investissements extracommunautaires et le contrôle des intérêts stratégiques européens*", Rapport d'information n° 1602 fait au nom de la Commission des affaires étrangères, Assemblée nationale, coll. Documents d'information de l'Assemblée nationale, janvier 2014.

lorsqu'une opération d'acquisition étrangère de contrôle vise une infrastructure critique, ou un bien énergétique important. Sur le plan procédural, il revient à l'investisseur étranger de faire la démonstration du bien-fondé économique de son investissement, et du fait que celui-ci ne représente pas une menace pour la sécurité nationale.

775.Au total, force est de constater qu'aux États-Unis, l'ouverture aux investissements étrangers semble être soumise à un certain libre arbitre de l'administration. Ce constat est validé par l'imprécision qui tourne autour de la notion de *sécurité nationale*. Ce flou tend à donner l'impression d'une politisation du processus, laquelle n'a pas manqué d'être sous le feu des critiques de certaines entreprises empêchées d'investir aux États-Unis.

776.Dans le même ordre d'idées, en rompant avec les dogmes socialistes, la Chine s'est vue confrontée à des nouveaux défis pour protéger son économie nationale. Ce pays n'a pas hésité à aller plus loin que les États-Unis dans le contrôle des investissements directs étrangers. En effet, les autorités ne se limitent pas à contrôler les investissements touchant à la sécurité nationale, mais vont jusqu'à vérifier ceux susceptibles d'avoir un lien avec la sécurité économique⁷³⁹.

777.Les investissements sont de ce fait soumis à un double filtre. Le premier permet aux autorités d'interdire tout investissement étranger susceptible d'affecter la sécurité économique du pays, ou impliquant un secteur industriel majeur, ou enfin, débouchant sur un transfert de marques traditionnelles chinoises à l'étranger. Le second filtre consiste à vérifier si l'investissement ne vise pas un secteur qui est interdit ou restreint conformément à une liste établie en fonction des objectifs de politique économique. A ces deux strates, viennent s'ajouter des contrôles spécifiques à certains secteurs tels que les télécommunications, ou encore les services financiers. De plus, un décret du Ministère du Commerce - Ci-après MOFCOM - et de la Commission nationale pour le développement et la réforme, dénommé "*Catalogue des*

⁷³⁹ En ce sens, Emmanuel marchand, *Le droit antitrust chinois sur le modèle du droit de l'Union Européenne, entre petites incohérences et grandes difficultés*, Thèse La Rochelle 2013. ; Lambert et Philippe Armand Martin, "*Les investissements extracommunautaires et le contrôle des intérêts stratégiques européen*", op. cit.

investissements industriels étrangers", prévoit des restrictions sectorielles et des seuils de détention de capital par les investisseurs étrangers, et regroupe les activités en trois catégories⁷⁴⁰: les activités encouragées - 363 activités -, les activités restreintes - 79 activités -, et les activités interdites - 36 activités -. Les deux premières catégories comprennent une sous-catégorie dite "*d'activités stratégiques*", dans laquelle l'investissement est conditionné à des *joint-ventures*, notamment contrôlées par l'associé chinois.

778.La logique de contrôle des investissements directs étrangers n'est pas non plus étrangère à la Russie. Une loi du 9 juillet 1999 pose certes le principe d'application du traitement national aux investisseurs étrangers et prévoit que toutes les formes de sociétés - de capitaux ou de personnes - sont ouvertes aux investisseurs étrangers. Cependant, une loi de 2007 restreint l'accès à 37 secteurs stratégiques de l'économie russe. Les investissements directs étrangers sont soumis à l'autorisation d'une commission intergouvernementale. Toute entreprise étrangère privée désirant acquérir plus de 50 % d'une société russe, et toute entreprise étrangère publique souhaitant acquérir plus de 25 % d'une telle société, doit obtenir l'aval de cette commission présidée par le Premier Ministre. Ces seuils tombent à 10 % et 5 % lorsque la société russe exerce dans l'un des 37 secteurs considérés comme stratégiques. Dans certains cas, l'investisseur devra de plus se soumettre à des obligations en matière de secret d'État.

779.Compte tenu de ce qui précède, l'Union se doit d'adopter une approche visant à ne plus se faire l'apôtre d'une libéralisation sans contrepartie. Pour ce faire, il importe au préalable de définir les secteurs devant être considérés comme stratégiques.

780.Dans un rapport d'information intitulé "*les investissements extracommunautaires et le contrôle des intérêts stratégiques européens*"⁷⁴¹, apportant leur pierre à l'édifice de caractérisation du concept de secteurs stratégiques européens, les députés français Jérôme Lambert et Philippe Armand Martin ont préconisé l'élaboration au niveau européen, et sous forme de directive, d'une liste non exhaustive des domaines jugés stratégiques, exclusion faite

⁷⁴⁰ Selon la mise à jour du 30 janvier 2012.

⁷⁴¹ Op. cit.

du domaine de la sécurité - qui ne relève pas de la compétence de l'Union. Une telle initiative est certes louable, mais elle n'apporte pas davantage de précision sur ce qu'il faudrait entendre par secteurs stratégiques, du moins au niveau européen. Dès lors, qu'est ce qui fait qu'un secteur est qualifié ou ressenti comme stratégique ? Comment tenter un exercice de qualification ? La réponse à cette question n'est pas aisée, car les États membres de l'Union européenne n'ont probablement pas une vision partagée de la notion de secteurs stratégiques. De fait, une entreprise peut présenter un caractère stratégique pour un pays et non pour un autre. Enfin, il faut dire qu'à la vérité, une telle qualification relève souvent d'un processus d'opportunité politique, du moins dans les ordres nationaux. En conséquence, un exercice de qualification ne peut être que d'un apport relatif. Sous ces réserves, nous essaierons autant que faire se peut de nous atteler à cette tâche, en adoptant toutefois une approche juridique.

B) L'approche juridique des secteurs stratégiques

781. Les articles 346, §1 sous b), 52, §1 - libre établissement -, 65, §1 sous b) nous offrent des bases juridiques quant à la définition des secteurs stratégiques. Selon la première disposition, *"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 intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires"*. Quant à la seconde, elle énonce que le principe du libre établissement ne préjuge pas *"(...) l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique"*. Enfin, aux termes de la troisième disposition, tout État membre peut *"(...)prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers, de prévoir*

des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique ou de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique".

782. Selon ces dispositions, qui par ailleurs posent des exceptions spécifiques aux principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement - article 52, §1 et 65, §1 sous b) du TFUE, et une exception générale - article 346, §1, sous b du TFUE - s'appliquant à toutes les dispositions du traité⁷⁴², on considérera qu'un secteur est stratégique parce qu'il appartient à la sphère souveraine de l'État. La notion d'intérêts stratégiques est de ce fait reliée aux "*intérêts essentiels de la sécurité de l'Etat*", à *l'ordre public*, à *la sécurité publique* et à *la santé publique*.

783. C'est sur la base des dispositions précitées que sept États membres - France, Royaume-Uni, Allemagne, Italie, Espagne, Suède, Pologne - ont développé des systèmes de contrôle des investissements étrangers. Pour exemple, le Royaume-Uni a mis en place un dispositif pragmatique. En effet, il n'existe pas dans ce pays de législation sur les investissements directs étrangers, mais d'autres dispositifs permettent un contrôle, notamment *l'Enterprise Act* de 2003, qui a introduit une application spécifique du contrôle des concentrations aux secteurs affectant les *intérêts publics*, sans que ceux-ci ne soient listés. En Allemagne, depuis la réforme de la loi sur le commerce extérieur intervenue en 2009, le Ministère de l'économie allemand peut vérifier et interdire au regard de *l'ordre public et de la sécurité*, tous les investissements étrangers - hors UE - dans tous les secteurs de l'économie, dès lors qu'il s'agit d'une prise de participation supérieure à 25 %. En France, selon l'article L-151-3 du CMF, "*sont soumis à autorisation préalable du ministre chargé de l'économie les investissements étrangers dans une activité en France qui, même à titre occasionnel, participe à l'exercice de l'autorité publique ou relève de l'un des domaines suivants :*

⁷⁴² En effet, l'article 346 du TFUE se trouve dans les dispositions finales.

a) *Activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale ;*

b) *Activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives".*

784. Si ces exceptions textuelles ont pu justifier l'adoption des dispositifs de contrôle des investissements étrangers, force est de constater qu'au titre des raisons impérieuses, la jurisprudence a pu accepter, dans leur principe, certaines justifications invoquées par les États. La Cour a ainsi pu admettre, qu'en cas de crise, la sécurité d'approvisionnement en énergie pouvait constituer une raison de sécurité publique⁷⁴³. Elle a également pu concevoir que la fourniture de services de télécommunications en cas de crise, sur l'ensemble du territoire national, pouvait relever de la sécurité publique⁷⁴⁴. Dans le même ordre d'idées, la Cour a pu reconnaître que le maintien de la continuité de la vie nationale, matérialisé par l'accomplissement des missions de service public, pouvait être considéré comme une raison impérieuse d'intérêt général justifiant des restrictions au principe de la libre circulation des capitaux. C'est sur la base de cette affirmation que les juges de Luxembourg ont admis, dans leur principe, l'intérêt lié à la sauvegarde de la prestation adéquate du service universel postal⁷⁴⁵. Toujours au titre des raisons impérieuses d'intérêt général, la Cour a pu affirmer que la réalisation des objectifs de politique non économiques⁷⁴⁶ pouvait justifier des restrictions au principe de la libre circulation des capitaux.

785. Au total, si le sens de notre réflexion c'est de voir dans quelle mesure le droit de l'Union peut prendre en compte les préoccupations des États quand ils défendent leurs entreprises stratégiques, l'identification de ces dernières et des secteurs dans lesquelles elles opèrent, ou

⁷⁴³ CJCE, 4 juin 2002, Commission c/ France, aff. C-483/99, préc.

⁷⁴⁴ CJCE, 13 mai 2003, Commission c/Espagne, aff. 463/00, préc.

⁷⁴⁵ CJCE, 28 septembre 2006, Commission c/ Pays-Bas, aff. C-282/04, préc.

⁷⁴⁶ A l'exclusion des objectifs de politique économique tels que la sauvegarde du patrimoine industriel national, la défense de marques prestigieuses ou symboliques, la lutte contre les délocalisations d'entreprises...

plutôt, les raisons invoquées à l'appui de ces attitudes défensives, permet de dresser une liste non exhaustives de secteurs pouvant être qualifiés de stratégiques. Le tableau ci-dessous les présente de façon synthétique.

Secteurs impliquant la défense nationale (Article 346, §1 sous b du TFUE),	Secteur impliquant la sécurité publique (articles 52, §1 et, 65, §1, sous b du TFUE)	Secteur impliquant l'ordre public (articles 52, §1 et, 65, §1, sous b du TFUE)	Secteur impliquant la santé publique ((articles 52, §1)	Secteurs impliquant la continuité de la vie nationale (Raisons impérieuses d'intérêt général)	Secteurs impliquant la réalisation des objectifs de politique nationale (Raisons impérieuses d'intérêt général)
<p>Entreprises exerçant des activités se rapportant à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre.</p>	<p>Le droit de l'Union ne définit pas cette notion, préférant laisser le soin aux Etats membres, sous le contrôle de la Cour, d'en préciser la substance. La Jurisprudence européenne y inclut :</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>le secteur de l'approvisionnement en énergies</i>, qui inclurait notamment les entreprises pétrolières, gazières et électriques en charge du transport, du stockage et de la distribution d'énergie; - <i>le secteur des télécommunications</i>, qui inclurait notamment certaines entreprises de communications électroniques, lorsque leur activité est cruciale pour la fourniture du service de télécommunications. 			<p>Activités en lien avec les services universels - postal, télécommunications, transport, l'électricité... -.</p>	<p>Secteurs représentant un intérêt stratégique en terme d'emploi</p>

786. Ces secteurs identifiés, une précision reste à faire car les notions d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ne sont pas définies par le droit de l'Union. Devant cette imprécision, les autorités judiciaires européennes ont préféré adopter une approche visant à laisser le soin aux États membres, sous le contrôle de la Cour, d'en préciser la substance, ce qui complique davantage l'exercice de qualification, qui doit tenir compte des définitions spécifiques à chaque État. D'où la nécessité d'exhaustivité d'une éventuelle liste européenne des secteurs stratégiques. Reste à envisager les mécanismes pouvant permettre de protéger ces secteurs, ou du moins, de prendre en compte l'attitude des principaux partenaires de l'Union

européenne, qui eux, protègent de tels secteurs contre les investissements étrangers.

Paragraphe 2 : La réduction des asymétries
prévalant dans l'appréhension des
investissements afférents aux secteurs
stratégiques

787.La réduction des asymétries prévalant dans l'appréhension des investissements passe par la mise en place de mécanismes permettant de préserver les secteurs stratégiques préalablement identifiés (**A**), ainsi que par le recours systématique au principe de réciprocité et à celui garantissant la transparence, la prévisibilité et la justification des investissements (**B**).

A) La protection des secteurs stratégiques

788.L'approche juridique de qualification des secteurs stratégiques révèle une opposition claire entre les États membres et les autorités européennes. En effet, si les premiers ont pu fonder la défense de certains secteurs stratégiques sur les exceptions aux principes de la libre circulation des capitaux, force est de constater que cette démarche légaliste est accompagnée d'une dynamique parfois *contra legem*, visant à élargir le spectre de ces tempéraments en intégrant des secteurs tels: l'énergie, les réseaux, parfois l'industrie pharmaceutique, l'eau, les déchets, et même le chocolat ou les yaourts⁷⁴⁷. Par ailleurs, cette ouverture du périmètre des secteurs stratégiques, a pu un temps, résulter d'une approche visant à y inclure des secteurs ayant un potentiel effet d'entraînement sur l'économie. Cette approche a été validée par l'intervention massive des aides d'État en faveur des secteurs financier et de l'automobile lors de la crise de

⁷⁴⁷ Comme en témoigne l'affaire Lactalis/ Danone.

2008.

789.Or, des exceptions à la libre circulation des capitaux, les autorités européennes ont une approche restrictive. Pour exemple, comme noté précédemment, la Cour a admis qu'en principe, le besoin d'assurer la sécurité de l'approvisionnement en énergie ou la fourniture des services de télécommunications sur l'ensemble d'un territoire national, pouvait justifier une entrave au principe de la libre circulation des capitaux. Mais l'institution judiciaire n'admet ces justifications qu'en cas de crise. Une telle position restrictive est difficilement conciliable avec les préoccupations des États quand ils défendent leurs entreprises stratégiques. En effet, il semble difficile de considérer que la prise de contrôle d'une entreprise exerçant dans le domaine de l'approvisionnement en énergie constitue une situation de crise. Pourtant, *de facto*, de telles prises de participations peuvent être une menace. En effet, elles peuvent être le fait d'entités contrôlées par les États des pays tiers, qui risquent de s'en servir pour poursuivre des objectifs autres qu'économiques. Quand bien même les prises de participations de contrôle seraient effectuées par des entités privées, les risques de délocalisation des centres de décision et de production, pour des motifs de rentabilité accrue, ne sont pas à négliger. Dans le même ordre d'idées, dans le domaine des télécommunications, des firmes extra-européennes peuvent être tentées d'acquérir des entreprises européennes, non pas dans le but de les développer, mais d'acquérir des technologies sensibles. La récente affaire de la *National Security Agency*, agence américaine, ci-après NSA - Agence nationale de sécurité - est significative du caractère stratégique du secteur des télécommunications, et des conséquences que peut avoir une main mise étrangère sur ce dernier, notamment en terme de défense. Cette affaire a en effet mis en évidence un espionnage massif de certains pays de l'Union européenne.

790.Au total, si l'interprétation restrictive de la Cour, par ailleurs justifiée, notamment par le besoin de concilier libéralisme et sécurité juridique, se justifie dans l'ordre interne, tel n'est pas le cas dans l'ordre externe. En effet, comment demander aux États d'adopter une attitude ouverte et libérale face aux investissements, alors que les principaux partenaires de l'Union

n'adoptent pas la même approche?

791. Si en l'État actuel, il semble difficile de remettre en cause la conception restrictive des exceptions aux libertés de circulation, l'Union se doit à tout le moins, de mettre en place une politique d'investissement commune qui prenne en compte les asymétries prévalant dans les investissements internationaux afférents aux secteurs stratégiques.

792. Répondant à la Communication de la Commission du 7 juillet 2010⁷⁴⁸, le rapport⁷⁴⁹ Kader Arif sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux précisait que la compétence exclusive de l'Union ne devait pas retirer aux États membres leur capacité d'intervention publique. Le rapport invitait de ce fait la Commission à "*intégrer dans tous les futurs accords des clauses spécifiques qui précisent le droit des parties à l'accord à régler, entre autres, les domaines de la protection de la sécurité nationale, de l'environnement, de la santé publique, des droits des travailleurs et des consommateurs, de la politique industrielle ainsi que de la diversité culturelle*". Une telle recommandation a été formalisée dans la Résolution du Parlement européen n° 2010/2203 (INI) du 6 avril 2011 sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux. L'organe législatif de l'Union précisait que « (...) *plutôt que de se concentrer essentiellement sur la protection de l'investisseur, (la Commission) devrait mieux évoquer le droit de protéger la capacité de réglementation publique (...)* »⁷⁵⁰

793. D'autre part, au delà de cette clause d'exception, le rapport Kader Arif rappelait en filigrane que la compétence exclusive de l'Union ne devait pas empiéter sur le principe de compétence partagée dans certains domaines qualifiés de sensibles à l'instar de "*la culture, l'éducation, la santé publique et les secteurs qui revêtent une importance stratégique pour la défense nationale*". Ce faisant, le rapport invitait la Commission à exclure ces domaines du champ d'application des traités internationaux, et de ne s'en saisir que si elle a un mandat. En résumé,

⁷⁴⁸ Op. Cit.

⁷⁴⁹ Rapport n °2010/2203(INI), adopté par la Commission du Commerce International.

⁷⁵⁰ Point 6.

par cette position, la Commission du Commerce international, à travers ce rapport préconisait trois types de mesures:

- une clause d'exclusion applicable à certain secteurs;
- une interdiction de négociation dans les domaines où l'Union n'a pas de compétence exclusive;
- une autorisation de négociation dans les domaines de compétences partagées.

Ces préconisations dépassent le cadre de notre analyse, mais, elles ouvrent peut être des perspectives quant à la défense des secteurs stratégiques précédemment identifiés. Dès lors, comment protéger de tels secteurs dans le cadre de la politique d'investissement commune?

794. Aux termes de l'article 4, paragraphe 2 du TUE, "*l'Union (...) respecte les fonctions essentielles de l'État, 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 État membre*". Une telle disposition est de nature à exclure la compétence de l'Union pour conclure des accords internationaux en matière de défense nationale. En conséquence, cette question devra être exclue de toute négociation relative aux investissements. De plus, comme noté précédemment, le droit de l'Union admet les États au bénéfice des restrictions au libre investissement dans les secteurs en relation avec l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique, ou encore dans les secteurs mettant en jeu le service universel, ou enfin, dans ceux qui revêtent un caractère stratégique en terme d'emploi. Or, la conclusion d'un accord international lie à la fois l'Union et les États membres. D'où la nécessité de prendre en compte la marge de manœuvre légale de ces derniers, car on se retrouverait dans une situation où les engagements internationaux seraient pris au nom des États membres qui eux, ne consentiraient pas à jouer le jeu. C'est pourquoi, il importe, pour ces

secteurs stratégiques, d'inclure dans les futurs accords en matière d'investissement, une clause préservant la capacité d'intervention publique des États.

795.La protection des secteurs stratégiques dans le cadre de la politique d'investissement commune dépendant du rythme de conclusion des accords internationaux, il importera de voir la stratégie qu'adoptera l'Union. A ce sujet, l'accord autonome d'investissement que l'Union projette de conclure avec la Chine sera l'occasion de voir si cette entité supranationale s'inscrit durablement dans une logique visant à défendre les secteurs stratégiques, surtout face à un partenaire qui n'hésite pas à le faire. Cependant, il importe de dire que l'accord de libre échange entre l'Union et le Canada, préserve dans les dispositions en matière de protection de l'investissement, le droit des parties à réglementer et à mettre en œuvre les objectifs de leur politique publique.

B) Le recours aux principes de réciprocité et de transparence

796.Le recours au principe de réciprocité (1), ainsi que la mise en place de principes garantissant la transparence, la prévisibilité et la justification des investissements (2), sont notamment des instruments permettant de prendre en compte les asymétries prévalant dans l'appréhension des investissements afférents aux secteurs stratégiques.

1) Le principe de réciprocité

797.Face aux cloisonnements de marchés à l'échelle mondiale, il n'est plus possible de répondre en faisant valoir la philosophie du libéralisme à sens unique. Il importe donc de ne pas faire l'économie du recours systématique au principe de réciprocité dans les conventions que l'Union sera amenée à conclure. Cependant, quel sens doit-on donner à ce principe?

798.Dans sa Communication du 7 juillet 2010⁷⁵¹, la Commission avait précisément insisté sur

⁷⁵¹ Op. cit.

cette dimension de réciprocité, en soulignant la nécessité de s'engager dans la voie d'une approche volontariste, pour garantir que les relations en matière d'investissements entre l'Union et ses partenaires se fassent à "*double sens*". L'autorité européenne soutenait que chaque accord devait être négocié de manière adaptée au partenaire en cause⁷⁵², afin que la protection des investisseurs étrangers qu'elle souhaitait promouvoir, s'accompagne d'une protection réciproque et équivalente des investisseurs européens dans les pays tiers. De plus affirmait la Commission, priorité devait être donnée aux partenaires qui représentaient une proportion importante dans le flux d'investissements directs étrangers dans les échanges totaux avec l'Union, mais dont l'accès au marché et la protection des investisseurs n'étaient pas garantis de manière symétrique⁷⁵³.

799.À la vérité, l'enjeu relatif au principe de réciprocité tourne autour de la nécessité pour l'Union et ses États membres de parler d'une même voix. Il s'agit non seulement, de garantir aux investisseurs européens, un accès au marché des pays tiers et une protection effective de leurs investissements, mais aussi de garantir la réciprocité de la part des États membres. Autrement dit, il importera pour les États membres d'accepter de jouer le jeu. Or, ces derniers ne consentiront à le faire que si la conclusion des accords internationaux tient compte de leurs préoccupations, notamment *patriotiques*.

800.Le principe de réciprocité pose aussi la question de l'attitude à adopter face aux pays émergents. Sur le plan international, ces derniers bénéficient d'un statut favorable, dû à la faiblesse supposée de leurs économies. Ce traitement de faveur s'appuie sur des principes qui ne cadrent plus avec les mutations économiques mondiales. En effet, sur le plan juridique, les statuts de l'OMC définissent la réciprocité comme un principe de base des négociations commerciales internationales dont découle la clause de la nation la plus favorisée et la clause

⁷⁵² La Commission déclarait ainsi que "*la capacité de nos partenaires à préserver l'Etat de droit et la méthode qu'ils appliquent à cet effet, de façon à garantir aux investisseurs un environnement sûr et fiable, sont des critères essentiels de l'évaluation des négociations relatives à la protection des investissements*".

⁷⁵³ C'est dans ce sens qu'allait le rapport Kader Arif, qui soutenait que: "*(...) les partenaires prioritaires pour de futurs accords d'investissement de l'Union européenne doivent être des pays dont le potentiel de marche est important, mais où les investissements étrangers méritent d'être mieux protégés (...)*".

du traitement national. Mais, ces statuts précisent également que ce principe ne s'applique pas aux "*pays en développement*", qui peuvent bénéficier d'avantages commerciaux sans contrepartie, en raison de leurs faiblesses intrinsèques et du caractère asymétrique des relations commerciales qu'ils entretiennent avec les pays développés. Mais, les statuts de l'OMC ne définissent pas la notion de pays en développements, de sorte que l'appartenance à cette catégorie est définie sur la base de critères établis par la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement ci après CNUCED, qui fait référence aux "*pays les moins avancés*" - PMA -. Face à une telle incomplétude, les pays concernés sont libres ou non de choisir de se considérer comme faisant partie de cette catégorie. Or, il est par exemple légitime de se demander si la Chine, ou encore le Brésil - qui est désormais créateur au niveau international - relèvent toujours de la catégorie des "*pays en développement*", avec les avantages commerciaux et juridiques correspondants. De plus, face à ces pays émergents qui ont vu naître de grandes entités, souvent contrôlées par les pouvoirs publics, et qui n'hésitent pas à en faire une arme géopolitique, la question du sens à donner au principe de réciprocité s'avère cruciale.

801.L'Union européenne, qui au travers de la politique commerciale commune est désormais compétente en matières d'investissements, doit s'approprier ce débat. A ce sujet, répondant à la communication de la Commission du 7 juillet 2010⁷⁵⁴, le rapport⁷⁵⁵ de Kader Arif adopté par la Commission du commerce international, incitait "*la Commission à garantir la réciprocité lorsqu'elle conduit des négociations sur l'accès au marché avec ses principaux partenaires développés et les principales économies émergentes [...] tout en gardant à l'esprit de [...] maintenir une asymétrie dans les relations commerciales avec les pays en développement*". Autrement dit, il importait de mettre sur pied une réciprocité d'égal à égal avec les partenaires développés de l'Union, et de s'en tenir à une réciprocité à "*tendance restrictive*" avec les partenaires en développement.

⁷⁵⁴ Op. cit.

⁷⁵⁵ Op. cit.

802.Nous ne partageons pas ce point de vue car une telle démarche risquerait de susciter des crispations de la part des pays en développement qui, à bon droit, peuvent fermer davantage leurs marchés. Il importe donc de donner un autre sens au principe de réciprocité. Dans son rapport⁷⁵⁶ intitulé "*l'Europe dans la mondialisation*", Cohen-Tanugi estimait qu'"*il ne semble guère réaliste de faire de l'application du principe de réciprocité l'alpha et l'oméga de la politique commerciale européenne, dès lors que sa portée économique et juridique est relativement restreinte*". Il ajoutait que la discussion entre l'Union et les pays en développement sur l'ouverture réciproque des marchés "*ne peut s'opérer que sur la base d'un dialogue politique global et ouvert entre [...], dont l'invocation du principe de réciprocité peut difficilement constituer le point de départ*". L'auteur admettait, "*que l'Union européenne ait la tentation de subordonner un plus large accès à son vaste marché à des concessions commerciales accrues de la part des principaux pays émergents, pour qui elle constitue un débouché important (...)*". Mais, il insistait sur la nécessité de mettre en œuvre cette réciprocité "*en mesurant les avantages et les limites[de son] application stricte (...) dans les négociations commerciales, (...) en procédant à des arbitrages politiques intégrant l'ensemble des considérations pertinentes : le risque de compliquer l'accès de ses propres produits à ces pays émergents, qui commercent par ailleurs avec d'autres grandes zones développés (USA, Japon, autres pays de l'OCDE) dans un contexte d'intense concurrence internationale, la possibilité d'accéder aux ressources et débouchés des marchés tiers, la perspective d'importer des produits à prix plus réduits...*".

803.En l'Etat actuel, l'Union semble adopter une stratégie de travail, souvent officieux visant à amener ses partenaires à supprimer les entraves à l'accès au marché. En témoignent les divers rapports annuels de la Commission au Parlement et au Conseil, qui présentent les obstacles au commerce et à l'investissement, et le travail fait auprès des partenaires de l'Union, visant à amener ces derniers à supprimer les obstacles au commerce et à l'investissement. Cette

⁷⁵⁶ Laurent Cohen-Tanugi, "*Une stratégie européenne pour la mondialisation : rapport en vue de la Présidence française du Conseil de l'Union européenne*", La Documentation française, 2008.

démarche est certes louable, mais elle doit s'accompagner d'une dynamique globale visant notamment, dans le cadre des négociations multilatérales, à amener ses partenaires à s'accorder sur une définition "*des pays en développement*" qui tienne compte des mutations économiques, et qui permette d'étendre la portée du principe de réciprocité. Mais là encore, une telle stratégie, qui s'appuie sur de difficiles négociations, ne permet pas de répondre aux craintes qu'inspirent les fonds souverains émanant de ces pays, qui sous l'apparence de prises de participations à portée exclusivement financière, peuvent cacher des dessins autres que financiers. D'où la nécessité de mettre en place des principes garantissant la transparence, la prévisibilité et la justification des investissements.

2) La mise en place de principes garantissant la transparence, la prévisibilité et la justification des investissements

804.La nécessité de mettre en place des principes garantissant la transparence, la prévisibilité et la justification des investissements concerne principalement les fonds Souverains. Ces fonds publics sont possédés ou contrôlés par des gouvernements nationaux qui gèrent des actifs financiers dans une logique de long terme, avec une politique d'investissement visant à atteindre des objectifs macroéconomiques précis, à l'instar de l'épargne intergénérationnelle, ou encore la diversification du PIB. Alimentés par des excédents budgétaires, la rente énergétique ou minière, et les réserves en devises étrangères, ces fonds ont connu ces dernières années une importance grandissante. Selon un article de l'institut des fonds souverains - ci-après IFS, *Sovereign Wealth Fund Institute* - publié le 28 mars 2014 par le journal Les Echos, les avoirs des fonds souverains ont atteint 6106 milliards de dollars à la fin de l'année 2013, en progression de 17% en glissement annuel. Il est précisé que ces fonds étatiques d'investissement ont gagné près de 1000 milliards de dollars en un an, alors qu'il leur avait fallu quatre années pour passer de 4000 à 5000 milliards de dollars et pour se remettre de la

crise financière de 2008 et de celle de la zone euro. L'IFS, note que Les investissements directs et les prises de participations stratégiques des fonds souverains ont atteint le niveau record de 175 milliards de dollars en 2013. Un montant bien supérieur à celui enregistré en 2012⁷⁵⁷.

805. Si l'effet bénéfique sur l'économie mondiale des investissements réalisés par ces fonds est unanimement reconnu, il existe néanmoins un débat sur certaines motivations de ces investisseurs, surtout lorsque sont en jeu certains intérêts stratégiques. En réponse à ces inquiétudes, notamment exprimées par certains États membres, la Commission a présenté une communication en février 2008⁷⁵⁸, proposant une approche européenne commune. Dans cette communication, la l'autorité européenne était d'avis que, si les fonds souverains étaient bénéfiques pour le marché mondial des capitaux, et pouvaient renforcer la stabilité financière, ils soulevaient néanmoins des inquiétudes relatives notamment aux motivations guidant les choix d'investissement et aux questions de transparence et de bonne gouvernance. Ce faisant, la Commission pointait du doigt " *l'opacité du fonctionnement de certains [Fonds Souverains] et (...) l'utilisation qui pourrait en être faite comme instrument d'acquisition d'un contrôle stratégique*", et admettait que " *[...] les investissements des fonds dans certains secteurs pourraient servir à d'autres fins que la recherche d'un rendement maximal*".

806. Comme solution à ces inquiétudes, la Commission, évoquait les "*principes de Santiago*" élaborés par un groupe de travail international - *International Working Group of sovereign wealth funds*, ci- après IWG - en mai 2008 sous l'égide du Fond Monétaire International - ci- après FMI -, et finalisés lors de la réunion finale de Santiago. Ces principes ont été publiés le 11 octobre 2008 pendant l'assemblée annuelle du FMI⁷⁵⁹. L'IWG reconnaît que les investissements réalisés par les fonds souverains ont un impact positif sur les marchés internationaux, et qu'il est donc important de démontrer aux pays d'accueil et aux marchés

⁷⁵⁷ 65 milliards de dollars.

⁷⁵⁸ Communication de la Commission du 28 février 2008 au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions, "*Approche européenne commune en matière de fonds souverains*" COM(2008) 115 final.

⁷⁵⁹ Voir annexe 1.

financiers, ainsi qu'aux pays qui les détiennent, que ces fonds sont de véritables structures juridiques indépendantes du pouvoir étatique, qui investissent dans une logique économique et financière. Pour y parvenir, des principes ont été mis en place invitant les détenteurs de ces fonds à s'engager à investir dans une logique financière, à rendre leurs objectifs publics, à communiquer sur leurs structures, à mettre en place des procédures de contrôle internes relatives à la prise de décision, ainsi qu'à respecter un principe de saine concurrence avec le secteur privé. Il leur est également demandé de s'engager à respecter les procédures de contrôle et les règles mises en place par les États destinataires.

807. De tels principes, qui ont par ailleurs emporté l'adhésion de plusieurs États, ont certes la vertu de fixer un cadre garantissant la transparence des fonds souverains, mais n'ont pas de valeur contraignante. Cette circonstance n'est pas insurmontable, car un tel degré de coercition peut être obtenu par leur contractualisation à l'occasion de la conclusion des accords internationaux en matière d'investissement avec les partenaires commerciaux où ces fonds sont prépondérants et opaques.

CONCLUSION DE CHAPITRE

808.Au terme de cette analyse, force est de constater que la mise en place d'une politique d'investissement commune qui sache conjuguer libéralisme et protection des secteurs stratégiques n'est pas gagnée. En effet, malgré le volontarisme dont fait preuve la Commission quant à la portée de la compétence de l'Union en matière d'investissement, le constat que l'on peut faire est celui du flou juridique qui tourne autour des fondements de cette prérogative. Une telle situation est de nature à générer des conflits de compétence qui ne manqueront pas de rendre malaisée la conduite d'une politique d'investissement commune ambitieuse et mobilisatrice.

809.Sur un tout autre plan, pour être en mesure d'exclure certains secteurs stratégiques des futurs accords internationaux, encore faudrait-il qu'il y ait un consensus sur leur définition. Devant cette absence de consensus, on en est réduit à adopter une approche juridique consistant à faire le lien entre secteurs stratégiques et exceptions aux principes fondamentaux fixés par le traité. Cependant, une telle démarche ne peut qu'être incomplète en ce qu'elle ne permet pas de prendre pleinement en compte les préoccupations des États quand ils défendent leurs entreprises stratégiques. En effet, des restrictions aux principes de la libre circulation, les autorités européennes, notamment juridictionnelles, ont une interprétation restrictive qui amoindrit la marge de manœuvre des États membres, alors que corrélativement, les partenaires commerciaux de l'Union n'hésitent pas à protéger ouvertement leurs secteurs stratégiques, en mettant en place des mécanismes laissant le libre arbitre aux autorités publiques. De plus, il existe une absence évidente de lien entre secteurs stratégiques tels que ressortant des exceptions aux principes de la libre circulation et approfondissement des politiques communes. Pour exemple, le droit de l'Union, au travers les raisons impérieuses d'intérêt général, reconnaît aux États le pouvoir de restreindre la libre circulation des capitaux lorsqu'est en jeu la sécurité de l'approvisionnement en énergie en cas de crise. Mais, une telle

considération doit à notre sens s'accompagner d'un véritable approfondissement des politiques communes en matière énergétique. Malgré les avancées en la matière, des efforts restent à faire.

810.Devant cette absence de consensus sur la qualification des secteurs stratégiques qui, il faut le dire, relève davantage d'un processus d'opportunité politique, il semble peu probable que les États consentent à faire l'économie de leurs dispositifs de contrôle des investissements si l'Union leur offre une protection contractuelle qui ne couvre pas toutes les activités stratégiques de l'ensemble des États membres. Inversement, si l'Union permet aux États de déterminer librement quels secteurs seront exclus de ce cadre contractuel, ce sont les principes qui sont au cœur de la construction européenne qui risquent d'être vidés de leur sens. Par ailleurs, l'une des faiblesses non moins importante de la politique d'investissement commune, est qu'elle s'appuie sur la technique conventionnelle. Or, les conventions ne lient que les parties qui y adhèrent. Une telle circonstance ne permet pas de construire un cadre autonome qui s'appliquerait à l'ensemble des pays tiers. D'où la nécessité pour l'Union, de s'engager dans cette voie. Une telle approche permettrait de fournir aux États un cadre protecteur que la politique d'investissement commune ne peut garantir. Un tel dispositif ne peut qu'indiscutablement tendre vers un approfondissement de l'Union européenne. Il contribuerait par ailleurs à envoyer un signal fort aux autres ensembles économiques qui eux, n'hésitent pas à cloisonner leur marché.

Chapitre II : Vers un cadre autonome de contrôle des investissements en provenance des pays tiers

811. Si la création d'un cadre autonome de contrôle des investissements étrangers est dicté par la nécessité de remédier aux incomplétudes de la politique d'investissement commune, force est aussi de constater qu'elle est nécessaire pour équilibrer le rapport de force entre l'Union et ses principaux partenaires, car ces derniers, en plus des conventions internationales - bilatérales ou multilatérales -, s'appuient sur des législations générales en matière d'investissements.

812. Pour mémoire, aux Etats-Unis, l'admission des investissements étrangers peut être contrôlée par le *CFIUS*, qui dispose de larges pouvoirs d'investigation et dont les décisions finales s'appuient, en dernier recours, sur l'appréciation subjective par le président américain du risque pour la "*sécurité nationale*"⁷⁶⁰. Quoique rarement utilisé, ce dispositif institue une menace de *veto* présidentiel qui peut avoir un effet dissuasif, et permet par ailleurs d'imposer des modifications substantielles aux projets d'investissement. De plus, le "*Foreign Investment in National Security Act*" adopté en 2007, a substantiellement consolidé les pouvoirs de l'administration dans l'instruction des projets d'investissement. Il a par ailleurs étendu les modalités de surveillance des investissements étrangers. Le contrôle est désormais élargi aux "*infrastructures essentielles*" et aux "*ressources stratégiques*". C'est sur la base de ce dispositif que le 28 septembre 2008, le président Barack Obama a par "*Executive Order*", et sur exhortation du *CFIUS*, interdit le rachat par Ralls - domicilié dans le Delaware mais détenu par le groupe chinois Sany -, de quatre (4) entreprises américaines de l'Orégon, 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 notamment par des

⁷⁶⁰ Amendement Exon-Florio adopté en 1988.

drones - constituait une menace pour la sécurité nationale des Etats-Unis.

813.Dans le même ordre d'idées, la Chine qui disposait déjà d'un système de contrôle des investissements étrangers, a consolidé son dispositif en 2011, en y intégrant la notion de sécurité nationale. De plus, deux secteurs - les ressources agroalimentaires et les infrastructures de transport - ont été ajoutés à la liste des secteurs stratégiques. Sur le modèle américain, le pays dispose ainsi d'une acception extensive de la notion de sécurité nationale, qui permet aux pouvoirs publics de suspendre, voire de mettre leur veto à tout projet d'investissement. D'autres pays comme la Russie, le Canada et les Emirats Arabes Unis sont dotés de mécanismes similaires.

814.Face à ces attitudes défensives, le droit de l'Union européenne répond par sa philosophie libérale, traduite par l'article 63 du TFUE qui pose le principe général de la libre circulation des capitaux, tant intra-Union européenne, que vis-à-vis des pays tiers. Certes, ce principe est tempéré par des exceptions, mais ces dernières ne sont appréciées que de manière restrictive.

815.En attribuant une compétence exclusive à l'Union, le traité a pu offrir à cette dernière un levier opérationnel apte à réduire les asymétries qui existent en matière d'investissements internationaux. Mais là encore, les autorités européennes n'ont pas manqué d'affirmer que cette compétence devra être exercée dans le strict respect sa philosophie libérale. De plus, une telle compétence a ceci de réducteur qu'elle ne peut être exercée que par le truchement de conventions internationales.

816.Au final, le seul outil pertinent que l'Union a pu offrir aux États, est la possibilité pour ces derniers de fournir aux entreprises des mécanismes de défense anti-OPA⁷⁶¹. Dans ce contexte, une réflexion sur l'opportunité d'un mécanisme européen de contrôle des investissements en provenance des pays tiers trouve tout son sens. Mais, l'Union européenne peut-elle s'appropriier un tel contrôle à l'exclusion des États? Cette interrogation en appelle une autre : si la raison d'être d'un tel dispositif est la prise en compte des préoccupations sous-tendant les patriotismes

⁷⁶¹Directive OPA, op. cit.

économiques nationaux, l'Union européenne peut-elle légitimement se prévaloir des exceptions invoquées par les États à l'appui leurs dispositifs restrictifs? Quel peut être le niveau juridiquement pertinent de son intervention?

817. A la vérité, aussi séduisante soit-elle, la création d'un dispositif européen de contrôle exclusif des investissements en provenance des pays tiers, relève, compte tenu des réalités factuelles et juridiques, davantage de la chimère. Pour autant, des formes plus souples de coopération entre l'Union et les États membres sont possibles. À ce sujet, n'est-il pas envisageable, sous l'impulsion de l'Union, d'imaginer une sorte de mutualisation des contrôles nationaux, formalisée par l'harmonisation des dispositifs nationaux disparates? De plus, l'Union ne peut-elle pas s'appuyer sur d'autres outils? De point de vue, à l'instar de la Grande Bretagne et de la France, la possibilité d'ériger le droit des concentrations en outil de contrôle des investissements en provenance des pays tiers est une option envisageable. Une telle proposition, qui ne demande pas de bouleversements juridiques particuliers, a assurément l'avantage d'offrir la souplesse, qui s'accorde mal avec l'admission de l'Union au bénéfice d'un contrôle direct et exclusif des investissements en provenance des pays tiers.

818. Au total, si l'admission de l'Union au bénéfice d'un contrôle direct et exclusif des investissements relève davantage de la chimère (*Section I*), il importe de rechercher le cadre juridique pertinent de son intervention (*Section II*).

Section I : **Contrôle exclusif par l'Union des investissements en provenance des pays tiers: une entreprise chimérique ?**

819.De l'analyse des propositions ayant tourné autour de la création d'un dispositif de contrôle exclusif par l'Union des investissements en provenance des pays tiers (*Paragraphe I*), il ressort que la mise sur pied d'un tel dispositif est confrontée à des obstacles qui le rendent inenvisageable (*Paragraphe II*).

Paragraphe 1 : **Les débats autour de la création d'un dispositif de contrôle exclusif par l'Union des investissements en provenance des pays tiers**

820.La question de la création d'un cadre autonome et exclusif de contrôle européen des investissements en provenance des pays tiers a pu opposer les tenants d'une approche "*maximaliste*" (*A*) à ceux d'une conception dite "*minimaliste*" (*B*).

A) L'approche "*maximaliste*"

821.Pour les tenants de l'approche "*maximaliste*", il importe en substance, de transférer à l'Union, les prérogatives dévolues aux États au titre des exceptions aux principes de la libre circulation

des capitaux.

822. Une telle approche a été défendue par Laurent Cohen-Tanugi dans un rapport intitulé "*une stratégie européenne dans la mondialisation*"⁷⁶². Dans ce rapport, l'auteur plaide en faveur de l'adoption d'un "*règlement communautaire spécifique*", qui ne concernerait que les questions de sécurité à l'instar de la législation *Exion-Florio* américaine, et qui viendrait remplacer les législations nationales existantes. Le rapport préconise de fonder le régime sur la combinaison des articles 64, paragraphe 2⁷⁶³ et 352⁷⁶⁴ du TFUE, afin d'inclure les investissements indirects qui ne sont pas expressément visés par la première disposition. Quant aux principes que devra respecter ce dispositif, le rapport précise qu'il ne devra viser que les opérations mettant en cause "*la sécurité*" ou "*autre intérêt stratégique national ou européen*", quitte à donner sous forme de lignes directrices, une liste indicative des secteurs susceptibles d'être concernées. Sont exclues de ce dispositif, les préoccupations d'ordre économique, industriel ou social, notamment celles relatives à l'emploi, aux délocalisations.

823. Le contrôle devra être déclenché sur notification facultative de l'investisseur ou de tout État membre concerné, et devra s'appliquer à tout projet de prise de participations émanant d'un

⁷⁶² La Documentation française, 2008.

⁷⁶³ Selon cette disposition, "*tout en s'efforçant de réaliser l'objectif de libre circulation des capitaux entre États membres et pays tiers, dans la plus large mesure possible et sans préjudice des autres chapitres des traités, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, adoptent les mesures relatives aux mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers, lorsqu'ils impliquent des investissements directs, y compris les investissements immobiliers, l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés des capitaux*".

⁷⁶⁴ Aux termes de cette disposition, "*1. Si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées. Lorsque les dispositions en question sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il statue également à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen.*

2. La Commission, dans le cadre de la procédure de contrôle du principe de subsidiarité visée à l'article 5, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne, attire l'attention des parlements nationaux sur les propositions fondées sur le présent article.

3. Les mesures fondées sur le présent article ne peuvent pas comporter d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres dans les cas où les traités excluent une telle harmonisation.

4. Le présent article ne peut servir de fondement pour atteindre un objectif relevant de la politique étrangère et de sécurité commune et tout acte adopté conformément au présent article respecte les limites fixées par l'article 40, second alinéa, du traité sur l'Union européenne".

investisseur sous contrôle extracommunautaire, y compris les sociétés localisées dans l'Union européenne. La procédure d'instruction devra être administrée par un service communautaire spécifique, probablement logé au sein de la Commission, en raison du caractère transversal des politiques concernées. Cette procédure devra associer le Haut-Représentant pour la politique étrangère et de sécurité et l'État ou les États membres directement concernés par l'opération. Quant à la question afférente à l'autorité investie du pouvoir d'autoriser, avec ou sans conditions, ou d'interdire un investissement visé par le dispositif, le rapport est moins précis et émet l'éventualité de confier cette tâche aux présidents, soit de la Commission, soit du Conseil européen. Enfin, les États pourront disposer d'un droit de veto strictement encadré.

824. Cette position va dans le sens de celle adoptée par MM. Tajani et Barnier. En effet, suite à l'affaire de la tentative de rachat de *Draka* - constructeur de câble néerlandais maîtrisant des technologies de pointe - par l'entreprise chinoise *Ximao*, ces deux commissaires européens au marché intérieur et services ont adressé le 9 février 2011 une lettre commune à la Commission. Dans cette lettre, lesdits commissaires pointaient du doigt les enjeux autour de la nécessité de protéger les secteurs stratégiques européens, et invitaient la Commission à se pencher sur la question du contrôle des investissements étrangers.

825. A cette approche, est opposée une démarche "*minimaliste*".

B) L'approche "minimaliste"

826. À l'opposé de l'approche "*maximaliste*", les tenants de l'approche "*minimaliste*", conscients du difficile, voire de l'impossible transfert des prérogatives dévolues aux États au titre des exceptions à la libre circulation des capitaux, proposent en substance, une forme de mise en commun des moyens de contrôle des investissements en provenance des pays tiers.

827. C'est dans ce sens que va Demarolle qui, dans un rapport⁷⁶⁵, s'est montré favorable à un

⁷⁶⁵ Alain Demarolle et Henri Johanet "*Rapport sur les fonds souverains*", Ministère de l'économie de l'industrie et de l'emploi, éd. Ministère de l'économie de l'industrie et de l'emploi, mai 2008, La documentation Française 2008. ; voir

système de contrôle commun de certains secteurs stratégiques au niveau européen - notamment l'énergie et les infrastructures - doté d'un système de réciprocité des États d'où émanent ces investissements.

828.Dans le même sens, mais cette fois-ci dans une approche édulcorée, Yvon Jacob et Serge Guillon, dans un rapport - "*En finir avec la mondialisation déloyale*" - publié en janvier 2012⁷⁶⁶, préconisent simplement la réalisation par la Commission et le Parlement, d'un travail d'influence auprès des États membres, destiné à inciter ces derniers à organiser une veille sur les investissements en provenance d'États tiers, à partager les informations collectées et à coordonner leurs politiques nationales.

829.En adoptant une posture sceptique quant à la position des tenants de l'approche "*maximaliste*", Demarolle, dans son rapport⁷⁶⁷, précise qu'un tel dispositif "*conférant un large pouvoir discrétionnaire à une autorité spécifique ne recueillera [...] pas de consensus communautaire*". Une telle affirmation pointe du doigt les obstacles que soulève la mise en place d'un régime européen de contrôle exclusif des investissements en provenance des pays tiers.

Paragraphe 2 : Les obstacles afférents à la création d'un dispositif de contrôle exclusif par l'Union des investissements en provenance des pays tiers

830.Avant de préciser les obstacles juridiques afférents à la création d'un dispositif autonome et

aussi Alain Demarolle, "*Fonds souverains : quelle stratégie pour la France ?*" Revue d'économie financière, 2009, volume 9, numéro hors série.

⁷⁶⁶ Rapport édité par le Ministère des affaires étrangères et européenne et le Ministère de l'économie et des finances.

⁷⁶⁷ Op. cit.

exclusif de contrôle des investissements en provenance des pays tiers (A), il n'est pas inutile d'évoquer la position de la Commission (B).

A) La position de la Commission européenne

831. De l'aveu même de la Commission, la mise en place d'un dispositif européen de contrôle des investissements en provenance des pays tiers n'est pas sans poser des difficultés. Quoique relativement anciennes, ces prises de positions ressortent des Communications du 7 juillet 2010⁷⁶⁸ portant sur la politique d'investissement commune et du 27 février 2008 relative aux fonds souverains⁷⁶⁹. Dans la première communication, la Commission rappelait implicitement que sa position sur les fonds souverains n'avait pas changé depuis celle de 2008⁷⁷⁰. Bien que ne préjugant pas un refus de la part de l'institution européenne de voir, dans son principe, l'émergence d'un dispositif de contrôle européen des investissements, il convient d'évoquer les griefs par elle soulevés à l'encontre des contributions sus-évoquées⁷⁷¹.

832. Mais avant, une précision reste à faire. En effet, la position de la Commission, telle que ressortant de la Communication de 2008 ne doit pas être sortie de son contexte, à savoir celui de l'appréhension des fonds souverains. En conséquence, les instruments évoqués dans le cadre de cette communication ne portaient que sur le contrôle des prises de participations émanant de tels fonds. Ce qui réduisait déjà la portée du débat et le rendait même juridiquement impertinent, car une réflexion visant à appliquer des restrictions aux investissements des fonds souverains, équivalait au final à réfléchir sur la possibilité de fonder un éventuel dispositif restrictif sur un motif non prévu par le traité. Or, en matière d'investissements la Commission n'hésite pas à afficher un discours libéral. Dès lors, une telle réflexion ne pouvait qu'irréremédiablement conduire la l'autorité européenne à rejeter tout instrument de régulation

⁷⁶⁸ OP. Cit.

⁷⁶⁹ Op. Cit.

⁷⁷⁰ En effet, dans cette communication, la Commission affirmait en note de bas de page n° 9 qu'elle a "énoncé son approche en matière de fonds souverains en 2008".

⁷⁷¹ Les approches "maximalistes" et "minimalistes".

contraignant face aux fonds souverains. C'est donc sans surprise qu'elle a répondu défavorablement à toute idée de recours à un comité UE des investissements étrangers⁷⁷² reflétant les dispositions adoptées aux États-Unis, ou encore à la mise sur pied d'un mécanisme de sélection à l'échelle européenne, ou enfin, à l'institution d'une "*action spécifique*" européenne.

833.L'évocation par la Commission de la création d'une action spécifique à l'échelle européenne ne manque pas d'étonner, compte tenu de sa mauvaise presse et de la sévérité dont a fait preuve la Cour à son encontre. On pourrait cependant penser que la récurrence du débat autour de l'eupéanisation d'un tel instrument obligeait la Commission à prendre position. Pour exemple, dès avant l'intervention de l'autorité européenne au moyen de la communication de 2008 sur les fonds souverains⁷⁷³, Peter Mandelson, commissaire au commerce, proposait⁷⁷⁴ déjà la création d'une *action spécifique* européenne en vue de protéger certains secteurs stratégiques. Un tel instrument devait alors ressortir de la compétence partagée entre les États membres et l'Union.

834.Aussi séduisante soit-elle, une telle idée est à notre sens difficilement réalisable, car du point d'un vue patrimonial, il semble qu'il soit difficile d'imaginer quel serait le statut de cette *action spécifique* et qui en serait l'actionnaire précis. Un tel instrument suscite assurément des vives interrogations du point de vue de sa mise en place, de sa gestion et de son exercice. De plus, avant de réfléchir à la création d'une *golden share* européenne, encore conviendrait-il de définir au préalable les secteurs stratégiques, devant être protégés par un tel instrument.

835.Cette dernière nécessité s'avère être la problématique commune aux dispositifs proposés par la doctrine et évoqués par la Commission. En effet, le besoin impérieux de définir les secteurs stratégiques, qui émerge à chaque fois qu'est proposé un dispositif européen de contrôle des investissements, invite à s'interroger sur l'approche à adopter quant à une telle définition, et sur

⁷⁷² Cette architecture correspond parfaitement à celle évoquée par Laurent Cohen-Tanugi.

⁷⁷³ Op. cit.

⁷⁷⁴ Dans un entretien publié le 23 juillet 2007 dans le quotidien allemand *Handelsblatt*.

l'aptitude de l'Union à s'approprier la défense de ces secteurs.

B) Un dispositif de contrôle confronté à des obstacles juridiques

836. Si comme démontré précédemment, on s'appuie sur une approche juridique, du moins celle afférente aux capitaux et aux paiements, on considérera qu'un secteur est stratégique parce qu'il met en jeu notamment, certains impératifs que le traité ou la jurisprudence a entendu soustraire du principe de la libre circulation des capitaux.

837. S'agissant du traité, le paragraphe 1 sous b) de l'article 65 du TFUE dispose que "*1. L'article 63 ne porte pas atteinte au droit qu'ont les États membres:*

(...)

b) de prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers, de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique ou de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique.

(...)" . De plus, le paragraphe 1 sous b) de l'article 346 du TFUE dispose que "*1. Les dispositions des traités ne font pas obstacle aux règles ci-après:*

(...)

b) 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 intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires.

(...)". Ces dispositions relient la notion de secteurs stratégiques aux activités en lien avec *l'ordre publique, la sécurité publique et la défense nationale*.

S'agissant de la jurisprudence, force est de constater que la Cour a reconnu que certaines justifications aux restrictions à la libre circulation des capitaux pouvaient être légitimes. Sur la base de cette prémisse, l'institution judiciaire européenne a admis que les États membres pouvaient justifier leurs régimes restrictifs, notamment par la nécessité d'assurer la *sécurité en approvisionnement en énergie, la fourniture des services de télécommunications sur tout le territoire*, ou encore la *continuité de la vie nationale* - fourniture du service universel -, ou enfin celle de réaliser *les objectifs non économiques de politique nationale* - protection de l'emploi -.

838. Une fois ces secteurs stratégiques identifiés, l'interrogation qui ne manque pas de venir à l'esprit est celle de l'aptitude de l'Union à s'approprier leur défense, ou plus exactement, la capacité de l'Union à invoquer les exceptions de sécurité publique, d'ordre public, de défense nationale, ou encore celles admises par la jurisprudence au titre des raisons impérieuses d'intérêt général. À cette interrogation, une réponse négative semble s'imposer. En effet, les exceptions textuelles, qui constituent la pierre angulaire des dispositifs proposés par les tenants de la thèse "*maximaliste*", ne sont clairement admises qu'au bénéfice des États membres et non de l'Union. En conséquence, ces derniers sont les seuls à même d'apprécier ce qui relève de la défense nationale, de la sécurité publique et de l'ordre public. Or, Laurent Cohen-Tanugi, apôtre de la thèse "*maximaliste*" proposait de supprimer tous les dispositifs nationaux de contrôle des investissements et de les remplacer par un dispositif européen unique et coercitif, adossé notamment à l'exception de sécurité. Une telle démarche, proche de celle examinée par la Commission dans sa communication sur les fonds souverains⁷⁷⁵, et de celle adoptée aux États-Unis, ne peut qu'aboutir à un transfert de compétences des États membres vers l'Union. Or, en l'état actuel du droit de l'Union, ce transfert ne peut juridiquement s'opérer que par une

⁷⁷⁵ Op. Cit.

modification des traités.

839.À ce sujet, le TUE prévoit deux procédures de modification du traité. Une procédure simplifiée règlementée au paragraphe 6 de l'article 48. Aux termes de cette disposition, "*le gouvernement de tout État membre, le Parlement européen ou la Commission peut soumettre au Conseil européen des projets tendant à la révision de tout ou partie des dispositions de la troisième partie du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, relatives aux politiques et actions internes de l'Union.*

Le Conseil européen peut adopter une décision modifiant tout ou partie des dispositions de la troisième partie du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le Conseil européen statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen et de la Commission ainsi que de la Banque centrale européenne dans le cas de modifications institutionnelles dans le domaine monétaire. Cette décision n'entre en vigueur qu'après son approbation par les États membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives (...)". Cette procédure de révision simplifiée est cependant assujettie à la condition du non transfert de compétence des États membres vers l'Union puisque selon l'alinéa 3 de cette même disposition, "*(...) la décision visée au deuxième alinéa ne peut pas accroître les compétences attribuées à l'Union dans les traités*". C'est donc dire que compte tenu du fait qu'elle opérerait un transfert de compétences des États membres vers l'Union, une telle procédure n'est pas envisageable dans le cadre de la mise en place d'un dispositif européen coercitif de contrôle exclusif des investissements en provenance des pays tiers. D'où la nécessité d'examiner la seconde procédure dite "*ordinaire*".

840.De ce point de vue, aux termes des paragraphes 2 et suivants de l'article 48 du TUE, "(...) 2.

Le gouvernement de tout État membre, le Parlement européen ou la Commission peut soumettre au Conseil des projets tendant à la révision des traités. Ces projets peuvent, entre autres, tendre à accroître ou à réduire les compétences attribuées à l'Union dans les traités.

Ces projets sont transmis par le Conseil au Conseil européen et notifiés aux parlements nationaux. 3. Si le Conseil européen, après consultation du Parlement européen et de la Commission, adopte à la majorité simple une décision favorable à l'examen des modifications proposées, le président du Conseil européen convoque une Convention composée de représentants des parlements nationaux, des chefs d'État ou de gouvernement des États membres, du Parlement européen et de la Commission. La Banque centrale européenne est également consultée dans le cas de modifications institutionnelles dans le domaine monétaire. La Convention examine les projets de révision et adopte par consensus une recommandation à une Conférence des représentants des gouvernements des États membres telle que prévue au paragraphe 4.

Le Conseil européen peut décider à la majorité simple, après approbation du Parlement européen, de ne pas convoquer de Convention lorsque l'ampleur des modifications ne le justifie pas. Dans ce dernier cas, le Conseil européen établit le mandat pour une Conférence des représentants des gouvernements des États membres.

4. Une Conférence des représentants des gouvernements des États membres est convoquée par le président du Conseil en vue d'arrêter d'un commun accord les modifications à apporter aux traités.

Les modifications entrent en vigueur après avoir été ratifiées par tous les États membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives.

5. Si à l'issue d'un délai de deux ans à compter de la signature d'un traité modifiant les traités, les quatre cinquièmes des États membres ont ratifié ledit traité et qu'un ou plusieurs États membres ont rencontré des difficultés pour procéder à ladite ratification, le Conseil européen se saisit de la question". Une telle révision, qui contrairement à la précédente, permet un accroissement des compétences de l'Union, est cependant assujettie à des conditions de forme

qui la rendent en l'état actuel des choses vouée à l'échec. En effet, l'alinéa 2 du paragraphe 4 de l'article 48 du TUE prévoit que les modifications des traités ne peuvent entrer en vigueur qu'après avoir été ratifiées par tous les États membres conformément à leurs règles constitutionnelles. À ce sujet, à l'exclusion de l'Irlande où une telle ratification nécessite la tenue d'un référendum, les règles constitutionnelles des vingt huit (28) autres États membres, dont la France, exigent le recours à la loi. Or, de l'aveu même de Cohen-Tanugi dans son rapport "*l'Europe dans la mondialisation*"⁷⁷⁶, un transfert vers l'Union, des compétences qui relèvent de *l'imperium* des États, matérialisé par une révision des traités, "*présuppose un degré d'unité politique et de "conscience de soi" que l'Union européenne n'a probablement pas encore atteint*". Il est dès lors peu probable que les citoyens eux-mêmes - cas du recours au référendum -, ou à travers des représentations nationales - cas du recours à la loi -, consentent à un transfert vers l'Union, des pouvoirs aussi cardinaux que la défense nationale, la sécurité publique ou l'ordre public.

841. Plus encore, au delà de ces objections de nature structurelle, se pose la question de la véritable appropriation par l'Union des problématiques liées à l'ordre public, la sécurité publique et la défense. Ces notions n'ont pas véritablement une réalité européenne. En effet, l'Union européenne ne les a pas défini, pas plus qu'elle n'a mis sur pied des principes tendant à leur européanisation. En conséquence, se les approprier serait comme obtenir un logiciel sans système d'exploitation.

842. Cette précision faite, l'Union européenne peut-elle se prévaloir des raisons impérieuses d'intérêt général? ou plutôt, est-il possible de créer un dispositif adossé à de tels motifs? Une telle approche, qui a une certaine proximité avec celle défendue par Demarolle⁷⁷⁷, est tout aussi bien sujette à des incertitudes juridiques. En effet, si l'on s'en tient à la jurisprudence, de tels motifs ne peuvent justifier que des mesures indistinctement applicables. Or le dispositif

⁷⁷⁶ Op. cit.

⁷⁷⁷ "*Rapport sur les fonds souverains*", Ministère de l'économie de l'industrie et de l'emploi, éd. Ministère de l'économie de l'industrie et de l'emploi, mai 2008.

objet de notre étude ne le sera pas, car il instituerait des mesures discriminatoires, en ce qu'elles ne s'appliqueraient qu'à une certaine catégorie d'investissement. Une telle éventualité doit par conséquent être exclue.

843. Cependant, malgré ces obstacles, l'Union européenne ne peut pas faire l'économie de l'appropriation du débat afférent au contrôle des investissements en provenance des pays tiers. Il importe dès lors de rechercher les voies qui lui sont pertinemment ouvertes.

Section II : Le cadre juridique pertinent d'intervention de l'Union

844. La faculté offerte à l'Union de protéger certains secteurs stratégiques a par exemple été prévue dans le domaine de l'énergie. En effet l'article 196 du TFUE dispose que "*dans le cadre de l'établissement ou du fonctionnement du marché intérieur et en tenant compte de l'exigence de préserver et d'améliorer l'environnement, la politique de l'Union dans le domaine de l'énergie vise, dans un esprit de solidarité entre les États membres (...) à assurer la sécurité de l'approvisionnement énergétique dans l'Union (...)*". Cet objectif a été traduit d'effet au travers de deux directives⁷⁷⁸ et de trois règlements⁷⁷⁹. En effet, sous le vocable de "*troisième paquet énergie*", ces actes ont été non sans mal adoptés le 13 juillet 2009 après deux années de négociations. Ces textes, censés permettre notamment la libéralisation totale du secteur énergétique européen, étaient aux dires de la Commission, nécessaires pour pallier aux obstacles structurels dont faisait face ce secteur. En effet, l'adoption du troisième paquet énergie partait du constat selon lequel les règles concernant la séparation des activités de réseau par rapport à la fourniture et à la production d'énergie au sein des entreprises verticalement intégrées, n'étaient pas assez efficaces pour permettre l'accès des tiers à l'infrastructure essentielle que constituent ces réseaux. Dès lors, en l'absence d'un tel accès, il était difficile de voir apparaître des marchés contestables sur les segments situés en amont du transport. Outre cette préoccupation, il était aussi question pour la Commission de garantir

⁷⁷⁸ Directives n° 2009/73 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive n° 2003/55/CE et n° 2009/72 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive n° 2003/54/CE.

⁷⁷⁹ Règlements n° 713/2009 instituant une agence de coopération des régulateurs de l'énergie, n° 714/2009 sur les conditions d'accès au réseau pour les échanges transfrontaliers d'électricité, et n° 715/2009 concernant les conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel.

l'effectivité de quatre impératifs : la liberté de choix des consommateurs, le caractère équitable des prix, le développement d'une énergie plus propre, et surtout le renforcement de la sécurité de l'approvisionnement⁷⁸⁰.

845.Ce dernier impératif a été inséré dans le paquet énergie au travers des articles 11⁷⁸¹ des directives n°2009/73 et n°2009/72⁷⁸². Qualifiées de "*clauses Gazprom*", ces dispositions n'ont pas manqué d'astreindre les investisseurs des pays tiers désirant contrôler un réseau de transport ou un gestionnaire de réseau de transport, à une procédure de certification requérant l'intervention successive de la Commission européenne et du régulateur national. Par ailleurs, aux termes des paragraphes 3 sous a) et b), de ces articles, "*l'autorité de régulation adopte un projet de décision relative à la certification d'un gestionnaire de réseau de transport dans les quatre mois suivant la date de la notification à laquelle celui-ci a procédé. Elle refuse d'accorder la certification s'il n'a pas été démontré:*

a) que l'entité concernée se conforme aux exigences prévues à l'article 9; et

b) à l'autorité de régulation ou à une autre autorité compétente désignée par l'État membre que l'octroi de la certification ne mettra pas en péril la sécurité de l'approvisionnement énergétique de l'État membre ou de la Communauté. (...). Or, les articles 9 des deux directives imposent l'obligation de dissociation des activités de transport et de production. C'est donc dire qu'un tel formalisme permet de mettre un double verrou quant au contrôle par un investisseur originaire d'un pays tiers, d'un réseau de transport, ou d'un gestionnaire de réseau de transport. Le premier verrou permet de refuser la certification, et donc de protéger les entreprises européennes d'éventuelles prises de contrôle de la part de groupes énergétiques étrangers intégrés, c'est-à-dire n'ayant pas séparé leurs activités de production et de transport. Quant au second verrou, il permet de protéger les réseaux de transport ou les gestionnaires de réseaux de

⁷⁸⁰ Communiqué en date du 24 septembre 2007 (www.Euractiv.fr) ; Mémoire officiel n° 07-361 en date du 19 septembre 2007.

⁷⁸¹ Voir annexe n°2.

⁷⁸² OP. Cit.

transport lorsqu'est en jeu la sécurité de l'approvisionnement en énergie.

846.L'efficacité de tel dispositif, et surtout le signal fort envoyé à certains partenaires de l'Union, ont posé la question de sa généralisation. Or, comme noté précédemment, une telle généralisation reviendrait à transférer à l'Union des compétences qui relèvent de la souveraineté des Etats. Cependant, si l'Union ne peut que très difficilement s'appropriier, à l'exclusion des États, les problématiques liées à l'ordre public, à la sécurité publique, à la défense nationale, ou encore aux raisons impérieuses d'intérêt général, elle peut, à tout le moins, s'approprier le débat sur le contrôle des investissements en provenance des pays tiers. De ce point de vue, il est possible d'imaginer des formes plus souples permettant un tel contrôle. Dans cette perspective, le recours à l'harmonisation des dispositifs nationaux de contrôle (*Paragraphe I*), ainsi qu'au droit de la concurrence (paragraphe *II*), ne ferait-il pas sens?

Paragraphe 1 : L'harmonisation des dispositifs nationaux disparates

847.Les termes du débat afférent à la protection des secteurs stratégiques diffèrent selon qu'on adopte l'approche conventionnelle - politique d'investissement commune -, ou une approche globale. Dans la première approche, il s'agissait notamment de préserver la capacité d'intervention publique. Or, une telle capacité est garantie par le TFUE au travers notamment des exceptions à la libre circulation des capitaux. Toute la question était alors de concilier les engagements internationaux.

848.Cependant, si l'on adopte une approche globale, la problématique devient à notre sens différente. En effet, la question liée à la protection des secteurs stratégiques, devient moins celle des secteurs juridiquement protégés, que celle de ceux qui ne le sont pas, ou plutôt de

ceux résultant de l'élargissement du spectre des secteurs juridiquement protégés. Il convient dès lors pour l'Union, de définir les secteurs stratégiques européens en recourant à une harmonisation des dispositifs nationaux élargissant le spectre des secteurs juridiquement protégés (*A*), pour ensuite permettre aux Etats de défendre ces secteurs dans les rapports avec les pays tiers (*B*).

A) La définition des secteurs stratégiques par l'harmonisation des dispositifs nationaux élargissant le spectre des secteurs juridiquement protégés

849. Il importe de ce point de vue, de préciser les raisons qui militent en faveur du dépassement de la définition juridique des secteurs stratégiques (*I*), avant de préciser la traduction juridique et les formes d'un tel dépassement (*2*).

1) Le nécessaire dépassement de la définition juridique des secteurs stratégiques

850. A notre sens, le débat sur la protection des secteurs stratégiques contre les investissements étrangers ne se pose pas si l'on adopte une approche juridique de tels secteurs. En effet, si le traité pose le principe de la libre circulation des capitaux, il fixe aussi des exceptions permettant aux États de restreindre cette liberté sur la base des motifs tels que l'ordre public, la sécurité publique et la défense nationale. De plus, la confrontation des patriotismes économiques nationaux au droit de l'Union, a montré que sur la base des raisons impérieuses d'intérêt général, la jurisprudence a pu permettre aux États de faire valoir certains motifs tels que la sécurité de l'approvisionnement en énergie, la fourniture des services de télécommunications sur l'ensemble d'un territoire, la continuité de vie nationale au travers

du motif de la protection du service universel, et même de l'emploi. Ainsi, selon l'approche juridique, les secteurs en lien avec les exceptions textuelles et jurisprudentielles sont protégés par le droit de l'Union.

851. Cependant, les patriotismes économiques nationaux posent des difficultés d'un tout autre ordre, car la protection que les États cherchent à accorder à certaines entreprises déborde le cadre des exceptions sus évoquées. En effet, ces derniers n'ont de cesse d'élargir le spectre de ces exceptions, au risque d'enfreindre le droit de l'Union, lequel n'offre pas de protection allant au delà des tempéraments au principe de la libre circulation des capitaux.

852. Pourtant, de tels élargissements ne sont pas dénués de sens, car ils intègrent des paramètres notamment sociaux et économiques qui fondent parfois la légitimité des pouvoirs publics. De plus, en pratique, certaines entreprises stratégiques exercent des activités dont certains aspects relèvent des domaines protégés et d'autres des domaines non protégés. Cette situation illustre par exemple la problématique qui tourne autour des technologies duales, qui englobent à la fois les activités civiles et militaires.

853. L'élargissement du spectre des secteurs juridiquement protégés traduit tout aussi bien les réactions des États membres, qui doivent faire face à des investisseurs originaires de pays qui ont une conception large des secteurs stratégiques. Or, l'Union se doit de réagir pour prendre en compte les asymétries résultant de cette appréhension différente des secteurs stratégiques.

854. De plus, cet élargissement du spectre des secteurs juridiquement définis se traduit en pratique par l'adoption de dispositifs nationaux disparates, ce qui conduit à la fragmentation du marché intérieur. D'où à notre sens, la nécessité d'éviter ce risque en prenant en compte cette dynamique, mais en y mettant de l'ordre. Cette démarche passe par la définition, à l'intérieur de cet élargissement, des secteurs qui peuvent objectivement être érigés au rang de secteurs stratégiques européens. Une telle définition relevant davantage d'un processus d'opportunité politique, et dépendant des variables géographiques, économiques et temporelles, il importe de s'inscrire dans une démarche non exhaustive. Reste à rechercher les bases juridiques d'une telle

démarche.

2) La consécration du dépassement de la définition juridique des secteurs stratégiques

855. Il importe de ce point de vue d'évoquer la base juridique permettant d'entériner ce dépassement (*a*), avant d'apporter des précisions quant à sa mise en œuvre (*b*).

a) La base juridique : article 115 du TFUE ?

856. Plusieurs bases juridiques permettant le rapprochement des législations nationales, et notamment des bases juridiques générales et spéciales.

857. Les bases juridiques générales sont tout d'abord les articles 114 et 115 du TFUE. A ces dispositions on peut adjoindre l'article 116 du TFUE, ainsi que l'article 352 du TFUE.

858. Lorsque des dispositions du TFUE octroyant des compétences à la Communauté n'ont pas prévu de bases juridiques spéciales correspondantes, la mise en œuvre de ces compétences peut s'effectuer sur le fondement des bases juridiques générales si la mesure proposée répond effectivement aux objectifs de ces dernières⁷⁸³. Or, les différentes législations nationales afférentes au contrôle des investissements étrangers, ou plutôt, celles élargissant le spectre des secteurs stratégiques juridiquement définis, risquent d'affecter la réalisation du marché intérieur, en ce qu'elles impactent aussi les relations intra-Union européennes. Cette réalisation du marché intérieur étant l'un des objectifs assigné à l'Union, notamment par l'article 3 paragraphe 3 du TUE, le recours à une, ou à plusieurs bases juridiques générales prévues par le TFUE, s'avère être pertinent pour harmoniser l'élargissement du spectre des secteurs stratégiques juridiques définis, ou plutôt, pour éviter que cet élargissement ne mette en péril l'objectif assigné à l'Union par la disposition précitée.

⁷⁸³ CJCE, 8 avril 1976, aff. C-43/75, *Defrenne c/ Sabena*, Rec., 455, point 63.

859. De ce point de vue, deux dispositions du traité attirent l'attention. Tout d'abord l'article 114 du TFUE qui dispose que dans le strict respect des autres dispositions du traité, et pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26⁷⁸⁴ du TFUE, " (...) *le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur (...)*". Ensuite, l'article 115 du TFUE qui énonce que " *Sans préjudice de l'article 114, le Conseil, statuant à l'unanimité conformément à une procédure législative spéciale, et après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur*".

860. La coexistence de ces deux bases juridiques, et surtout leur proximité rédactionnelle, pose la question du choix de celle propre à fonder notre dispositif. De ce point de vue, la définition du champ matériel des deux dispositions semble être déterminante. Un auteur⁷⁸⁵ a pu dire que l'article 115 du TFUE vise à rapprocher les dispositions législatives ayant une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun, alors que l'article 114 du TFUE permet d'adopter les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. Fort de ce constat, l'auteur déduit que la condition matérielle porte, dans l'article 115, sur les mesures nationales à harmoniser, tandis que dans l'article 114, elle porte sur les mesures communautaires d'harmonisation. Ce faisant, il conclut que "*cette différence de rédaction*

⁷⁸⁴ Selon cette disposition, "1. *L'Union adopte les mesures destinées à établir ou assurer le fonctionnement du marché intérieur, conformément aux dispositions pertinentes des traités.*

2. *Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités.*

3. *Le Conseil, sur proposition de la Commission, définit les orientations et conditions nécessaires pour assurer un progrès équilibré dans l'ensemble des secteurs concernés*".

⁷⁸⁵ Franck Dintilhac, " *Rapprochement des législations*", Répertoire de Droit communautaire, Dalloz 2006.

pourrait être interprétée comme permettant au Conseil, dans le cadre de l'article 95 - article 114 -, d'adopter des mesures d'harmonisation dans des domaines où il n'existe ni législation nationale, ni projet de législation". Or, dans notre cas, il existe bien des législations nationales constitutives de disparités. En effet, l'étude des patriotismes économiques nationaux montre que les États membres ont adopté des dispositifs de contrôle des investissements étrangers bigarrés. En conséquence, l'article 115 du TFUE semble être la base juridique propre à fonder notre dispositif.

861. Ces précisions faites, reste à évoquer la mise en œuvre de cette disposition, et partant la mise en place du dispositif entérinant le dépassement de la définition juridique des secteurs stratégiques.

b) La mise en place du dispositif entérinant le dépassement de la définition juridique des secteurs stratégiques

862. La mise en place du dispositif devra passer par la préparation d'une proposition législative. Et de ce point de vue, force est de constater que la Commission a le monopole du pouvoir d'initiative en matière de législation communautaire⁷⁸⁶. Ce pouvoir d'initiative implique des procédures de consultation et d'information préalables indispensables, auxquelles les États membres doivent répondre favorablement en vertu du devoir de coopération qui résulte de l'article 5 du TUE, ou de dispositions particulières du Traité⁷⁸⁷. Le plan d'action de la Commission du 6 juin 2002⁷⁸⁸ et l'accord interinstitutionnel du 16 décembre 2003 "*Mieux*

⁷⁸⁶ Mais ce monopole doit tenir compte des demandes de présentation de propositions législatives faites par le Parlement européen ou le Conseil, formulées respectivement sur la base de l'article 225 du TFUE ou de l'article 241 du TFUE. Dans le point 9 de l'accord interinstitutionnel "*Mieux légiférer*", la Commission s'est engagée à fournir une réponse rapide et appropriée aux commissions parlementaires compétentes et aux organes préparatoires du Conseil suite à de telles demandes.

⁷⁸⁷ Voir en ce sens CJCE, 9 juillet 1987, aff. jointes C-281/85 et autres, *Allemagne et autres c/Commission*, Rec., 3203.

⁷⁸⁸ Plan d'action de la Commission visant à simplifier et améliorer l'environnement réglementaire du 6 juin 2002, (COM [2002] 278).

*légiférer*⁷⁸⁹ ont systématisé de nouveaux outils afin de permettre une meilleure qualité des propositions législatives de la Commission.

863. Compte tenu de ce qui précède, le dispositif devra respecter l'obligation de consultation interne. Cet impératif passe par la coordination du processus législatif entre les trois institutions de l'Union⁷⁹⁰. Pour ce faire, le dispositif devra s'insérer dans la programmation législative coordonnée. La Commission devra donc l'inclure dans son programme législatif et de travail annuel. Ce programme devra être dûment communiqué au Parlement, au Conseil, au Comité économique et social, ainsi qu'au Comité des régions⁷⁹¹.

864. Le dispositif devra dans un deuxième temps satisfaire à l'exigence de consultations externes. Selon le point 9 du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité introduit par le traité d'Amsterdam, la Commission "*devrait procéder à de larges consultations avant de proposer des textes législatifs, et publier, dans chaque cas approprié, des documents relatifs à ces consultations*"⁷⁹². Ainsi, dans le cadre de son plan d'action "*Mieux légiférer*", la Commission a adopté le 11 décembre 2002 une communication intitulée "*Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue - Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées*"⁷⁹³. Le but étant d'inviter les parties concernées - notamment les citoyens et les entreprises qui vont se voir appliquer la législation - à s'exprimer, mais non pas à participer au processus décisionnel, lequel prévoit déjà la consultation d'organes tels que le Comité économique et social et le Comité des régions. Les consultations doivent ainsi être transparentes : leur publication doit être suffisamment large, notamment à travers l'utilisation d'internet. Les parties qui répondent doivent être représentatives, et les réponses doivent être

⁷⁸⁹ Accord interinstitutionnel "*Mieux légiférer*" du Parlement européen, du Conseil et de la Commission du 16 décembre 2003, JOUE, n° C 321, 31 décembre 2003.

⁷⁹⁰ Prévue par l'accord institutionnel "*mieux légiférer*".

⁷⁹¹ Communication de la Commission, "*Libérer tout le potentiel de l'Europe, Programme législatif et de travail de la Commission pour 2006*", COM [2005] 531, 25 octobre 2005.

⁷⁹² Voir aussi l'Accord interinstitutionnel « *Mieux légiférer* », Op. Cit., point 26.

⁷⁹³ (COM [2002] 704).

centralisées et publiées. Ces exigences pourront être utilement satisfaites par l'adoption d'un livre vert. Un tel instrument permettra d'engager la réflexion sur le dispositif à mettre en place, en associant les États membres, lesquels pourront proposer la liste des secteurs qu'ils estiment comme devant faire partie du dispositif. Ils pourront par ailleurs expliquer en quoi ces secteurs doivent être inclus dans la liste de secteurs stratégiques européens.

865. À ce livre vert, doit être adjoint une analyse d'impact. Prévues par une communication de la Commission du 5 juin 2002⁷⁹⁴, cette analyse est un outil d'aide à la décision qui ne doit pas remplacer l'appréciation politique. Selon le point 29 de l'accord interinstitutionnel "*Mieux légiférer*"⁷⁹⁵, "*la Commission poursuivra la mise en œuvre du processus intégré d'analyse d'impact préalable pour les projets législatifs majeurs, en associant en une seule évaluation les analyses d'impact portant, notamment, sur les aspects économiques, sociaux et environnementaux. Les résultats de ces analyses seront mis entièrement et librement à la disposition du Parlement européen, du Conseil et du public. Dans l'exposé des motifs de ses propositions, la Commission indiquera en quoi les analyses d'impact ont influencé celle-ci*".

866. Le paragraphe 9 du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, pose un principe connexe à l'analyse d'impact, selon lequel la Commission devrait dûment tenir compte de la nécessité de faire en sorte que toute charge, financière ou administrative, incombant à la Communauté, aux gouvernements nationaux, aux autorités locales, aux opérateurs économiques et aux citoyens, soit la moins élevée possible, et à la mesure de l'objectif à atteindre.

867. Compte tenu du caractère sensible du sujet, Outre les consultations et les analyses d'impact, la Commission pourra utilement associer des comités d'experts à sa réflexion. De tels comités ont parfois un caractère permanent.

868. Du point de vue procédural et instrumental, selon l'article 115 du TFUE, le dispositif devra être adopté par le Conseil "*(...) statuant à l'unanimité conformément à une procédure*

⁷⁹⁴ Communication de la Commission sur l'analyse d'impact, COM [2002] 276.

⁷⁹⁵ Op. cit.

législative spéciale, et après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social (...)". Une telle procédure législative spéciale est définie par le paragraphe 2 de l'article 289 du TFUE qui dispose que "*Dans les cas spécifiques prévus par les traités, l'adoption d'un règlement, d'une directive ou d'une décision par le Parlement européen avec la participation du Conseil ou par celui-ci avec la participation du Parlement européen constitue une procédure législative spéciale*". Enfin, aux termes de l'article 115 du TFUE, l'acte entérinant notre dispositif devra prendre la forme d'une directive non exhaustive listant les secteurs devant être érigés en secteurs stratégiques européens.

869.Un système permettant l'harmonisation des dispositifs nationaux élargissant le spectre des secteurs stratégiques juridiquement définis, et partant, participant de la reconnaissance à l'échelle européenne, du caractère stratégique de certains secteurs, ne serait pas efficace si on ne mettait pas en place un dispositif permettant de les défendre.

B) La protection des secteurs stratégiques définis dans le cadre de cette harmonisation: une faculté circonscrite aux investissements en provenance des pays tiers

870.L'article 114 du TFUE, notamment combiné au paragraphe 1 de l'article 53⁷⁹⁶ du TFUE, a permis à l'Union d'adopter le paquet énergie et d'y insérer l'article 11 soumettant les prises de contrôle de certaines entreprises du secteur de l'énergie à un formalisme protecteur. Mais cette combinaison est à notre sens réductrice, car l'article 53 est relatif au droit d'établissement

⁷⁹⁶ Selon cette disposition, " 1. Afin de faciliter l'accès aux activités non salariées et leur exercice, le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, arrêtent des directives visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres, ainsi qu'à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant l'accès aux activités non salariées et à l'exercice de celles-ci".

lequel ne vise que les investissements de contrôle. Or, il a été précédemment noté que les investissements indirects émanant notamment des fonds souverains étaient de plus en plus source d'inquiétudes. Pour cette raison, il importe d'adosser la protection des secteurs stratégiques préalablement définis sur les règles dégagées par le principe de la libre circulation des capitaux.

871.À ce sujet, si le TFUE pose le principe de la libre circulation des capitaux, il permet aussi d'y déroger. De ce point de vue, le paragraphe 3 de l'article 64 autorise le Conseil à adopter "*(...) des mesures qui constituent un recul dans le droit de l'Union en ce qui concerne la libéralisation des mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers*". Or, admettre qu'on puisse soumettre les investissements en provenance des pays tiers à des motifs autres que ceux prévus par le traité ou la jurisprudence, constitue à l'évidence un recul pour le droit de l'Union. Mais, cette disposition ne s'adresse qu'aux investissements directs, puisque le paragraphe 3 de l'article 64 est envisagé comme une dérogation au paragraphe 2 qui lui, permet au Conseil d'adopter les mesures relatives aux mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers, lorsqu'ils impliquent des investissements directs. Cependant, les investissements indirects sont aussi sources d'inquiétudes pour les États. Pour cette raison, il importe de combiner cette disposition à l'article 352 du TFUE.

872.Mais, un tel système restrictif ne sera efficace que s'il n'autorise pas la défense de ces secteurs dans les rapports intra-UE. Or, les dispositifs nationaux actuels s'intéressent aussi à ces rapports. Une telle situation est au final de nature à affecter la réalisation du marché intérieur. C'est pourquoi il importe d'adjoindre aux dispositions précitées, l'article 115 du TFUE (1). Une telle adjonction exige cependant que soit précisées les conditions de sa mise en œuvre (2).

1) L'article 64 paragraphe 3 *juncto* les articles 115 et 352 du TFUE
comme bases juridiques du dispositif protecteur

873.La mise en œuvre de l'article 115 du TFUE ayant déjà été précisée précédemment, nous concentrerons notre démonstration sur le paragraphe 3 de l'article 64, et sur l'article 352 du TFUE.

874.Cette précision faite, force est de constater que le paragraphe 3 de l'article 64 soulève une difficulté majeure, car il ne vise que les investissements directs. Par conséquent, sur son seul fondement, il n'est juridiquement pas possible de mettre sur pied un dispositif européen de contrôle des investissements qui engloberait à la fois les investissements directs et les investissements de portefeuille. Comme pour la politique d'investissement commune, on retrouve là encore la même fragmentation artificielle entre ces deux types d'investissements. Une telle différence de traitement invite à penser que les rédacteurs du traité n'ont pas pris la mesure des enjeux qui tournent autour des investissements de portefeuille. Or, ces derniers ont pris une importance considérable avec la montée en puissance des fonds souverains. Il convient dès lors, de rechercher les bases juridiques permettant d'inclure les investissements indirects dans le champ matériel de la compétence issue du paragraphe 3 de l'article 64 du TFUE, et partant, dans le dispositif de contrôle des investissements en provenance des pays tiers dans les secteurs juridiquement vulnérables.

875.À ce sujet, contrairement à la politique d'investissement commune, il n'est plus possible de s'appuyer sur le paragraphe 3 de l'article 2 du TFUE, car cette disposition ne vise que les traités internationaux. La seule solution est dès lors de recourir à l'article 352 du TFUE⁷⁹⁷ qui dispose que "*1.Si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient*

⁷⁹⁷ Le recours à cette disposition a été proposé par Laurent Cohent-Tanugi dans son rapport intitulé "*Une stratégie européenne pour la mondialisation*", op. Cit.

prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées. Lorsque les dispositions en question sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il statue également à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen

2. La Commission, dans le cadre de la procédure de contrôle du principe de subsidiarité visée à l'article 5, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne, attire l'attention des parlements nationaux sur les propositions fondées sur le présent article.

3. Les mesures fondées sur le présent article ne peuvent pas comporter d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres dans les cas où les traités excluent une telle harmonisation". Cette disposition permet donc au Conseil, sur proposition de la Commission approuvée par le Parlement, d'adopter à l'unanimité, des mesures nécessaires pour atteindre les objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet. Trois conditions sont alors requises : d'une part, le projet d'acte législatif doit être nécessaire pour atteindre l'un des objectifs de l'Union ; d'autre part, aucun instrument ne doit avoir été prévu à cet effet dans le traité ; enfin, les mesures proposées ne doivent pas avoir pour effet d'harmoniser les dispositions législatives et réglementaires des États membres au cas où les traités l'excluraient. Par ailleurs, dans le respect du principe de subsidiarité tel que prévu par le paragraphe 3 de l'article 5 du TUE, et tel qu'appliqué conformément à l'article 5 du protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ci-après le protocole, la Commission doit communiquer le projet aux parlements nationaux en expliquant " (...) les raisons permettant de conclure qu'un objectif de l'Union peut être mieux atteint au niveau de celle-ci (...)" . Cette démonstration devra s'appuyer sur "des indicateurs qualitatifs et, chaque fois que c'est possible, quantitatifs". Reste à déterminer si, dans le respect des conditions susmentionnées, la Commission peut proposer un

acte législatif permettant d'inclure les investissements de portefeuille dans la compétence issue du paragraphe 3 de l'article 64 du TFUE.

876. En premier lieu, le projet d'acte législatif doit viser à "*réaliser l'un des objectifs visés par le traité*". De ce point de vue, dans le but d'encadrer les hypothèses de recours à l'article 352 du TFUE, la conférence intergouvernementale a précisé dans une déclaration⁷⁹⁸ que "*la référence aux objectifs de l'Union figurant à l'article 352, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne vise les objectifs fixés à l'article 3, paragraphe 2 et 3 du traité sur l'Union européenne (...)*". Le paragraphe 3 de l'article 3 du TUE précise que "*l'Union établit un marché intérieur (...)*". Or, l'objectif de libre circulation des capitaux entre États membres et les pays tiers s'insère dans l'objectif de réalisation du marché intérieur. Le principe de la libre circulation des capitaux inclut aussi bien les investissements indirects que les investissements directs. En conséquence, cet objectif de libération des capitaux intègre l'objectif de libération des investissements de portefeuille, et devrait s'insérer le champ des compétences issues du paragraphe 3 de l'article 64. À ce raisonnement, on pourrait opposer le fait que l'inclusion des investissements de portefeuille vise non pas à réaliser la libre circulation des capitaux, mais participe de la mise en place d'un mécanisme tendant à restreindre les mouvements de capitaux en provenance des pays tiers. En réponse il peut être rétorqué, que tout en consacrant le principe de libre circulation des capitaux, le traité prévoit la possibilité d'y déroger en instaurant, sous condition, des dispositifs restrictifs, et notamment celui prévu par le paragraphe 3 de l'article 64 du TFUE.

877. En second lieu, force est de constater que le traité, notamment dans la section relative au libre mouvement des capitaux, ne prévoit aucun instrument apte à atteindre cet objectif. En effet, l'objectif de libéralisation des mouvements de capitaux constituant des investissements indirects est exclu à la fois du champ d'application de la politique d'investissement commune

⁷⁹⁸ Déclaration n°41.

et des compétences issues du paragraphe 3 de l'article 64 du TFUE. Cette dernière disposition, tout comme l'article 207 du TFUE ne mentionne pas les investissements indirects.

878. Enfin, quant à la troisième condition, il n'est pas exclu que les parlements nationaux, lors de leur consultation, comme cela est prévu par le traité, soutiennent que le projet d'acte législatif vise à adopter un dispositif européen de contrôle des investissements étrangers qui débouchera sur une harmonisation de leurs cadres législatifs et réglementaires vis-à-vis des pays tiers. A cet argument, il est possible d'opposer l'absence de dispositions du traité excluant une telle harmonisation.

879. Force est cependant de constater que le projet d'acte législatif visant à inclure les investissements indirects dans le champ de la compétence issue du paragraphe 3 de l'article 64 du TFUE, risque de se heurter au paragraphe 2 de l'article 352 du TFUE. Cette dernière disposition fait en substance obligation à la Commission, de garantir aux États membres qu'il ne sera pas dérogé au principe de subsidiarité. S'agissant de ce principe, l'article 5, paragraphe 3, alinéa 1 du TUE dispose que " *En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union*". L'alinéa 2 de cette disposition précise que " *les institutions de l'Union appliquent le principe de subsidiarité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les parlements nationaux veillent au respect du principe de subsidiarité conformément à la procédure prévue dans ce protocole*". Or, selon le protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, en son article 5, " *les projets d'actes législatifs sont motivés au regard des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Tout projet d'acte législatif devrait comporter une fiche contenant des éléments circonstanciés permettant d'apprécier le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Cette*

fiche devrait comporter des éléments permettant d'évaluer son impact financier et, lorsqu'il s'agit d'une directive, ses implications sur la réglementation à mettre en œuvre par les Etats membres, y compris, le cas échéant, la législation régionale. Les raisons permettant de conclure qu'un objectif de l'Union peut être mieux atteint au niveau de celle-ci s'appuient sur des indicateurs qualitatifs et, chaque fois que c'est possible, quantitatifs. Les projets d'actes législatifs tiennent compte de la nécessité de faire en sorte que toute charge, financière ou administrative, incombant à l'Union, aux gouvernements nationaux, aux autorités régionales ou locales, aux opérateurs économiques et aux citoyens soit la moins élevée possible et à la mesure de l'objectif à atteindre". Il ressort de la combinaison de ces dispositions, que la Commission se doit d'explicitier les raisons qui indiquent que l'objectif de libéralisation des investissements indirects, qui inclut par essence, la possibilité de restreindre les investissements en provenance des pays tiers, peut être mieux atteint au niveau de l'Union, en s'appuyant sur des indicateurs qualitatifs et accessoirement quantitatif.

880. Si littéralement, le terme qualitatif fait référence à la nature, ou plutôt aux propriétés fondamentales d'une chose, force est de constater qu'on assiste aujourd'hui à une mue de la nature des investissements indirects. En effet, ces derniers sont fondamentalement des prises de participations minoritaires dans le capital d'une entreprise, et excluant tout objectif de prise de contrôle. Aujourd'hui, avec la montée en puissance des fonds souverains, qui investissent principalement sous la forme d'investissements de portefeuille, on voit émerger des objectifs autres que financiers. Ces investissements obéissent davantage à des finalités de prises de contrôle⁷⁹⁹, ou encore à des objectifs géopolitiques et/ou de prise de possession des technologies sensibles. De telles considérations, qui à n'en point douter, démontrent un changement qualitatif des investissements de portefeuille, ne justifient plus la différence de traitement entre ces derniers et les investissements indirects, et plaident en faveur de leur inclusion dans le champ de la compétence issue du paragraphe 3 de l'article 64 du TFUE.

⁷⁹⁹ Avec la technique de prise de contrôle rampante.

881. Cette mutation qualitative des investissements indirects est accompagnée d'un volume quantitatif sans cesse grandissant. En effet, comme démontré précédemment, selon un article de l'institut des fonds souverains ci-après IFS - *Sovereign Wealth Fund Institute* - publié le 28 mars 2014 par le journal Les Echos, les avoirs des fonds souverains ont atteint 6106 milliards de dollars à la fin 2013, en progression de 17% en glissement annuel. Il est précisé que ces fonds d'investissement étatiques ont gagné près de 1000 milliards de dollars en un an, alors qu'il leur avait fallu quatre années pour passer de 4000 à 5000 milliards de dollars et se remettre de la crise financière de 2008 et de la crise de la zone euro. Reste à préciser comment un tel dispositif peut être institué.

2) La mise en place du dispositif protecteur

882. La mise en place de ce dispositif protecteur exige qu'il soit apporté des réponses afférentes à son institution (*a*), au sort des investissements réalisés par des entreprises établies dans l'Union mais sous contrôle étranger (*b*), ainsi qu'à son articulation avec le droit des concentrations (*c*).

a) L'institution du dispositif protecteur

883. L'institution du cadre objet de notre étude, pose la question de la procédure conduisant à sa mise en œuvre, et des actes législatifs le matérialisant.

884. S'agissant de la procédure, le droit de l'Union prévoit qu'en cas de pluralité de bases juridiques d'une mesure de droit dérivé, chacune des procédures prévues dans ces bases juridiques doit être suivie⁸⁰⁰. Il faut cependant noter que l'application de ce principe suppose qu'il n'y ait pas de contestation fondée sur le caractère accessoire de l'une de ces bases juridiques au regard du but et du contenu de la mesure, ce qui n'est à notre sens pas le cas dans le cadre de notre dispositif. Cependant, pour la Cour, ce principe selon lequel lorsque la compétence pour adopter une mesure repose sur plusieurs bases juridiques du traité, les institutions

⁸⁰⁰ CJCE, 27 septembre 1988, aff. 165/87, *Commission c/ Conseil* [système harmonisé], Rec., 5545, point 11.

communautaires sont tenues de suivre les procédures correspondantes, n'est plus admissible dès lors que son application affecte les compétences et la place du Parlement dans l'articulation institutionnelle communautaire. Cette exception au principe du suivi de chaque procédure en cas de pluralité des bases juridiques a été affirmée dans l'arrêt "*dioxyde de titane*" du 11 juin 1991⁸⁰¹. Dans cette décision, la Cour a pu consacrer une sorte de primauté des bases juridiques réservant une plus grande participation du Parlement européen au processus législatif, par rapport à celles réservant à ce dernier de moindres pouvoirs. Le texte mis en cause par la Commission était la directive du 21 juin 1989 fixant les modalités d'harmonisation des programmes de réduction, en vue de sa suppression, de la pollution provoquée par les déchets de l'industrie du dioxyde de titane⁸⁰². La modification de la base juridique par le Conseil, lequel avait opté pour l'article 130 S - devenu article 175 du TCE - par rapport à la proposition de la Commission qui visait l'article 100 A - devenu article 95 du TCE -, avait également été contestée par le Parlement, qui s'était joint à la Commission dans son recours. Pour comprendre les enjeux afférents à cette affaire, il convient de dire qu'antérieurement à l'adoption du TCE, l'article 100 A prévoyait le vote à la majorité qualifiée au Conseil et la procédure de coopération avec le Parlement, tandis que l'article 130 S prévoyait l'unanimité au Conseil et la simple consultation du Parlement. Fort de cette précision, il faut dire que pour l'institution juridictionnelle européenne, l'examen du but et du contenu de la directive n° 89/428 conduisait à constater qu'elle concernait, "*d'une façon indissociable, à la fois la protection de l'environnement et l'élimination des disparités dans les conditions de concurrence*", et qu'elle présentait "*en même temps le caractère d'une action en matière d'environnement, au sens de l'article 130 S du traité, et celui d'une mesure d'harmonisation ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, au sens de l'article 100 A du traité*". La Cour constatait cependant que l'application pure et simple du principe selon lequel les deux procédures devaient être suivies "*serait de nature à vider la procédure de*

⁸⁰¹ CJCE, 11 juin 1991, aff. C-300/89, *Commission c/ Conseil*, Rec., I. 2867.

⁸⁰² Directive n° 89/428 du Conseil, du 21 juin 1989, JOCE, n° L 201 du 14 juillet 1989.

coopération de sa substance même" en raison de sa combinaison avec le vote à l'unanimité au Conseil. Or, pour la Cour, la participation du Parlement au processus législatif de la Communauté dans le cadre de la procédure de coopération, est *"le reflet, au niveau de la Communauté, d'un principe démocratique fondamental, selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative"*. Elle concluait que dans un pareil cas, le cumul de base juridique était exclu, et qu'il convenait *"de déterminer laquelle de ces deux dispositions constitu(ait) la base juridique appropriée"*. La cour opta en définitive pour l'article 100 A - devenu article 95 du TCE -.

885. Compte tenu de ce qui précède, force est de constater que les articles 115 et 64 paragraphe 3 du TFUE prévoient une procédure législative spéciale avec consultation du Parlement, alors que l'article 352 du TFUE prévoit un vote à l'unanimité du Conseil avec approbation du Parlement. Nous pensons cependant qu'il serait redondant de recourir à toutes les procédures. En effet, si les textes précités associent largement le Parlement européen, la procédure de l'article 352 est de nature à satisfaire largement à l'exigence d'adjonction conséquent de cet organe au processus législatif. En conséquence, notre dispositif pourra être adopté à l'unanimité par le Conseil après approbation du Parlement.

886. Quant à l'acte juridique devant matérialiser le dispositif, l'article 115 du TFUE fait référence à la *"directive"*, alors que l'article 64 paragraphe 3 du TFUE évoque des *"mesures"*. Quant à l'article 352 du TFUE, il parle de *"dispositions"*. S'agissant des deux derniers articles, la référence aux *"mesures"* et aux *"dispositions"* peut à notre sens être interprétée comme n'imposant pas la forme que doit prendre l'acte matérialisant la mesure de rapprochement des législations. Mais, ce rapprochement, lorsqu'il se fonde sur l'article 115 du TFUE, ne peut être matérialisé que par une directive. En conséquence, notre dispositif pourra utilement prendre cette forme. Un tel instrument [directive], qui n'est pas contesté par les articles 64 paragraphe 2 et 352 du TFUE, permettra aux États, exclusivement dans les relations avec les pays tiers, d'adopter des dispositifs restrictifs quant aux secteurs stratégiques qui auront été préalablement

définis. Ces restrictions devront respecter les autres dispositions des droits primaires et dérivés, et obéir aux principes de proportionnalité et de nécessité.

887. Une difficulté se pose cependant sur la question de la *rationae personae* du dispositif. En effet, que doit-on décider lorsque l'investissement est le fait d'une entité établie dans l'Union, mais contrôlée par une personne physique ou morale originaire d'un pays tiers?

b) La question des investisseurs établis dans l'Union mais sous contrôle étranger

888. En ce concerne la *rationae personae* du dispositif, le contrôle pourra viser tout investisseur, du moment qu'il est établi hors de l'Union européenne. Cependant, il semble qu'on ne puisse pas inclure dans le champ d'application du dispositif les investisseurs établis dans l'Union européenne mais contrôlés par une personne physique ou morale originaire d'un pays tiers. En effet, cela contribuerait à introduire un élément de discrimination entre entités ou investisseurs légalement établis dans l'union. Ce qui serait contraire à la libre circulation des capitaux au sein même de l'Union.

889. En revanche, il serait éventuellement possible de prévoir une application du dispositif aux entités établies dans l'Union, mais sous contrôle étrangers, dès lors que ces dernières sont établies de manière fictive, dans le but exclusif de contourner le dispositif protecteur⁸⁰³.

890. Cette précision faite, le dispositif protecteur doit aussi pouvoir se combiner utilement avec le contrôle communautaire des concentrations.

c) L'articulation avec droit des concentrations

891. Le dispositif restrictif ainsi décrit peut entrer en contradiction avec le contrôle communautaire des concentrations. En effet, comme démontré précédemment, les opérations matérielles visées par un tel dispositif peuvent entrer dans la définition communautaire de la concentration. En

⁸⁰³ Nous nous inspirons de la loi AWG adoptée par l'Allemagne le 20 août 2008.

effet, l'article 3, § 1 sous b) du règlement CE sur les concentrations⁸⁰⁴ énonce qu'une concentration peut résulter " de l'acquisition, par une ou plusieurs personnes détenant le contrôle d'une entreprises au moins ou par une ou plusieurs entreprises, du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou des parties d'une ou de plusieurs autres entreprises, que ce soit par prise de participation au capital, ou d'achats d'éléments d'actif, contrat ou tout autre moyen". C'est donc dire qu'une prise de participation permettant le contrôle d'une entité, est une concentration justiciable du droit des concentrations et soumise au contrôle de la Commission lorsque les seuils communautaires sont atteints. Dès lors, comment articuler le futur dispositif restrictif européen des investissements avec la compétence de la Commission en matière de concentration?

892. Si au niveau de l'Union européenne, les concentrations de taille communautaire ressortissent de la compétence de la Commission, force est cependant de constater que l'article 21, paragraphe 4, du règlement n°139/2004⁸⁰⁵ permet de soustraire de cette compétence, les concentrations mettant en jeu certains intérêts légitimes des États, notamment, la sécurité publique, ou tout autre intérêt. La directive mettant en place ce régime restrictif devra prévoir que l'aptitude des États, dans les relations avec les pays tiers, à défendre les secteurs stratégiques préalablement définis, ne devra pas empiéter sur les compétences de la Commission dans le cadre du contrôle des concentrations. Cependant, sous le contrôle de la Commission, le règlement n°139/2004 sur le contrôle des concentrations permet aux États de faire valoir "*tout intérêt*" qu'il juge légitime. On pourrait imaginer une modification de ce règlement, autorisant les États, lorsque l'acquisition de contrôle est le fait d'une entreprise d'un pays tiers, à invoquer le motif de la défense des secteurs stratégiques définis dans le cadre de notre dispositif. Il appartiendra alors à la Commission de décider de son dessaisissement ou non. Un tel pouvoir exige dès lors, une meilleure prise en compte des préoccupations *patriotiques* des États par le droit de la concurrence.

⁸⁰⁴ Op. cit.

⁸⁰⁵ Op. cit.

Paragraphe 2 : Le possible recours au droit de la concurrence

893. Selon la théorie des effets, La "*nationalité*" des entreprises est dénuée de pertinence et le droit de la concurrence s'applique dès lors que le comportement ou les opérations des entreprises a un effet à l'intérieur d'un territoire donné. Le Tribunal de première instance a appliqué cette théorie dans l'arrêt *Gencor*⁸⁰⁶ en concluant que "*lorsqu'il est prévisible qu'une opération de concentration projetée par des entreprises établies à l'extérieur de la Communauté produise un effet immédiat et substantiel dans la Communauté, l'application du règlement n° 4064/89 [règlement sur les concentrations] est justifiée au regard du droit international public*".

894. Le problème que pose cette théorie est que tout ordre juridique qui y adhère, peut imposer des contraintes aux entreprises étrangères actives sur son territoire. Certains États, notamment ceux de tradition "*protectionniste*", peuvent de ce fait ne pas faire l'économie d'une instrumentalisation du droit de la concurrence pour nuire aux concurrents étrangers des entreprises nationales. Corrélativement, ces mêmes États peuvent faire preuve d'apathies en refusant d'instruire les plaintes que les entreprises étrangères introduisent contre des concurrents nationaux. La Chine est de ce point de vue l'un des États qui cristallise cette instrumentalisation du droit de la concurrence, car il n'est un secret pour personne que ce pays connaît une tradition dirigiste où l'autorité de contrôle, tout comme le pouvoir judiciaire sont proches des pouvoirs publics⁸⁰⁷.

895. Ce constat rejoint celui des distorsions de compétitivité. À ce sujet, Dans son rapport de 2010

⁸⁰⁶ Voir l'arrêt du Tribunal de première instance du 25 mars 1999 dans l'affaire T-102/96, *Gencor Ltd/ Commission*, points 89 à 92, Rec., 1999, p. II. 0753.

⁸⁰⁷ En ce sens, B. Owen and S. Zheng, "*antitrust in China: The problem of Incentive Compatibility*", (2005)1 *Journal of Competition Law and Economics*, p. 123-48. ; Emanuel Marchand, "*Le droit antitrust chinois sur le modèle du droit de l'Union Européenne, entre petites incohérences et grandes difficultés*" Thèse La Rochelle 2013.

sur le marché unique⁸⁰⁸, Mario Monti mettait en garde l'Union européenne contre les pratiques concurrentielles contraires à l'esprit de la concurrence. Bien que se félicitant du surcroît de compétitivité dans l'Union, l'ancien commissaire au marché intérieur considérait que l'Europe "*reste le seul espace du monde où les règles relatives à la concurrence sont appliquées rigoureusement*"⁸⁰⁹. Or, une telle asymétrie dans l'application du droit de la concurrence est de nature à générer des distorsions internationales de compétitivité entre les entreprises européennes, sujettes à une application rigoureuse du droit de la concurrence - en Europe et à l'extérieur de l'Union -, et les entreprises des États tiers, sujettes dans leur ordre national, à une application différente, voire complaisante, du droit de la concurrence.

896. Des réflexions ont été menées pour juguler ces inégalités. De ce point de vue, certains auteurs ont proposé d'appliquer au droit de la concurrence le principe du traitement national comparable à celui prévu par le *General Agreement on Tariffs and Trade* ci-après *GATT*. Cette démarche visait à amener les droits internes de la concurrence à traiter de la même manière les produits importés et les produits domestiques similaires, du moins, une fois que les premiers avaient été admis sur le marché. Le même traitement devait être réservé aux services, aux marques commerciales, aux droits d'auteurs et aux brevets étrangers et nationaux. Une telle démarche, qui tendait à faire obstacle aux dérives protectionnistes susceptibles de survenir dans l'application de plusieurs droits internes de la concurrence, laissait cependant subsister d'autres difficultés.

897. Pour ces raisons, des propositions doctrinales davantage ambitieuses avaient recommandé de passer par des négociations multilatérales au sein de l'OMC⁸¹⁰. Historiquement, de telles réflexions avaient été menées lors de la création de cette organisation internationale. En effet, dès 1947, un chapitre V relatif aux pratiques restrictives du commerce international avait été

⁸⁰⁸ Mario Monti, "*Une nouvelle stratégie pour le marché unique - Au service de l'économie et de la société européenne*", Rapport au président de la Commission J. Barroso, 9 mai 2010.

⁸⁰⁹ Op. cit. p. 108.

⁸¹⁰ En ce sens, A. Guzman, "*International Antitrust and the WTO: The Lesson from Intellectual Property*", *Berkeley Program in Law and Economics*, Working Paper n° 36, 2000, p. 16. ; F. Jenny " *Competition Law and policy: Global Governance Issues*", *World Competition*, 2003, 26 April.

introduit au sein de la charte de La Havane. Il prévoyait la mise sur pied d'une Organisation Internationale du Commerce - OIC -, et faisait obligation aux États de prendre des mesures tendant à encadrer les pratiques restrictives de concurrence, ou celles renforçant le contrôle monopolistique⁸¹¹. Les États dont les entreprises étaient victimes de telles pratiques pouvaient ainsi introduire des plaintes au sein de l'OIC contre les États n'ayant pas satisfait à leurs obligations internationales⁸¹². L'OIC avait alors le pouvoir, au terme de l'instruction du dossier, de contraindre l'État en cause à éliminer la distorsion, ou encore de préconiser des remèdes⁸¹³. Ces propositions ne virent cependant pas le jour, en raison, notamment des réticences des États-Unis⁸¹⁴. En conséquence, le GATT sera finalement dépourvu de dispositions sur la concurrence. Ultérieurement, des tentatives ont été menées, notamment dans le cadre du Comité Economique et Social des Nations Unies, ou à l'occasion des discussions au sein de la CNUCED et de l'OCDE, relatives aux codes de comportement. Ces tentatives n'iront pas plus loin, même si quelques règles ont été introduites dans l'accord sur la protection de la propriété intellectuelle⁸¹⁵.

898. Dans les années 1990, lors des négociations sur l'*Uruguay Round*, des chercheurs réunis autour du professeur Fikentscher se lancèrent dans la rédaction d'un code mondial du droit de la concurrence - le Draft International Antitrust Code, ci-après *DIAC* -, harmonisant le droit matériel de la concurrence⁸¹⁶. Destiné à être intégré dans le système de l'OMC, ce code prescrivait des règles spécifiques sur les accords anticoncurrentiels horizontaux et verticaux, sur les abus de position dominante et sur le contrôle des concentrations. Le code prévoyait par ailleurs, la création d'une autorité internationale de la concurrence - *International Antitrust Authority*, ci-après *IAA* - chargée de la mise en œuvre de ces règles. Le *DIAC* devait

⁸¹¹ Article 47 de la Charte de La Havane.

⁸¹² Article 48 de la Charte de La Havane.

⁸¹³ Article 48 (7) de la Charte de La Havane.

⁸¹⁴ En ce sens, D. Geradin, "*The Perils of Antitrust Proliferation - The Process of 'Decentralized Globalization' and the Risks of Over-Regulation of Competitive Behaviour*", 2009, octobre, *Chicago Journal of International Law*, p. 189.

⁸¹⁵ En ce sens, Andreas Heinemann, "*La nécessité d'un droit mondial de la concurrence*", *RIDE*, mars 2004, p. 293-324.

⁸¹⁶ *Idem*, p. 307.

s'adresser à la fois aux États et aux entreprises. Les premiers devaient adopter un droit de la concurrence interne conforme au *DIAC*, et poursuivre par l'intermédiaire de leurs autorités nationales de concurrence, les pratiques contraires au *DIAC*. Les secondes devaient se conformer au *DIAC*, elles pouvaient, au même titre que les États, être poursuivies devant l'*IAA*. Cette tentative, tout comme celles ultérieures a été un échec.

899. Face à ces attermolements, l'Union européenne a pris le parti de régler les questions internationales afférentes aux distorsions de concurrence, par un recours aux instruments bilatéraux et/ou régionaux *ad hoc*. De ce point de vue, l'Union a signé avec des pays comme les Etats-Unis, le Canada⁸¹⁷, le Japon⁸¹⁸ et la Corée⁸¹⁹, des accords bilatéraux spécialisés. De tels accords permettent d'instaurer une coopération technique approfondie en droit de la concurrence⁸²⁰. Corrélativement, l'Union européenne a conclu de nombreux accords généralistes avec des États tiers. Certains de ces accords sont bilatéraux, à l'exemple des accords de coopération et de partenariat économique⁸²¹, des accords d'associations⁸²², ou des accords Euro-méditerranéens⁸²³. Ces accords contiennent des règles de la concurrence applicables aux pratiques concurrentielles affectant le commerce entre d'une part, l'Union européenne, et d'autre part, l'État tiers ou le groupe d'États contractants. L'Union européenne a également posé les fondations d'une forme de coopération souple avec quelques économies émergentes dont les régimes de concurrence sont en plein essor. De ce point de vue, La Commission européenne et la Chine ont adopté une "*Déclaration entérinant un début de dialogue sur la politique de la concurrence*"⁸²⁴. L'objectif étant d'instaurer des consultations mutuelles entre la Commission et les autorités chinoises de la concurrence, ainsi que d'asseoir

⁸¹⁷ Agreement between the European Communities and the government of Canada regarding the application of their competition laws, 17 juin 1999, JO L 175 du 10 juillet 1999, p. 49.

⁸¹⁸ Agreement between the European Communities and the government of Japan concerning the cooperation on anti-competitive activities, JO L 183 du 22 juillet 2003, p. 1.

⁸¹⁹ Agreement between the European Communities and the government of the Republic of Korea concerning the cooperation on anti-competitive activities, 23 mai 2009, JO L 202 du 4 Août 2009, p. 36-41.

⁸²⁰ Échange d'information, obligation de courtoisie...

⁸²¹ Avec la Communauté caribéenne, le Mexique, la Corée, l'Ukraine, la Moldavie, l'Afrique du sud et la Suisse.

⁸²² Avec la Turquie, le Chili, la Corée et l'autorité palestinienne.

⁸²³ Avec l'Égypte, Israël, la Jordanie, le Liban, la Maroc et la Tunisie.

⁸²⁴ <http://ec.europa.eu/competition/international/legislation/china.pdf>

une assistance technique et la mise de l'expertise institutionnelle de l'Union au service de la Chine. Dans le même ordre d'idées, la Commission a conclu avec la Russie un "*Memorandum of understanding on coopération*", dont l'objectif, certes limité, est d'améliorer la coordination et la coopération dans l'application du droit de la concurrence⁸²⁵.

900. De toutes ces observations, il ressort que face à l'impossibilité de juguler les dérives protectionnistes et les distorsions de compétitivité, par une approche multilatérale, l'Union a choisi d'adopter une approche bilatérale et régionaliste. Une telle approche, si elle tend à prendre en compte les asymétries prévalant dans l'application du droit de la concurrence, ou découlant de l'inexistence d'un tel droit, n'en est pas moins incomplète. En effet, elle dépend du rythme des négociations. De plus, elle est subordonnée à l'effet relatif des conventions, car ces dernières ne lient que les parties à l'acte. Or, les partenaires économiques de l'Union ne font pas l'économie de l'instrumentation du droit de la concurrence à des fins protectionnistes. Sans aller jusqu'à adopter une démarche idoine, l'Union ne peut-elle pas, à tout le moins, s'appuyer sur le droit de la concurrence, pour prendre en compte les préoccupations sous-tendant les patriotismes économiques nationaux et notamment contrôler les investissements en provenance des pays tiers?

901. Pour mémoire, ces préoccupations tendaient en substance à préserver la sécurité nationale - *ordre public, sécurité publique, défense nationale* -, ou à maintenir la continuité de la vie nationale - *accomplissement des missions de service public, service universel* -, ou enfin à réaliser les objectifs de politique économique nationale - *sauvegarde du patrimoine industriel national, défense des marques prestigieuses ou symboliques, transmission d'un savoir faire historique, lutte contre les délocalisations d'entreprises et maintien de l'emploi* -. Le droit de l'Union, et notamment le droit de la concurrence prend en compte les préoccupations de sécurité nationale à travers le contrôle des concentrations. En effet, si les interventions des États visant à préserver leurs entreprises contre les prises de contrôle étrangères peuvent

⁸²⁵*Memorandum of understanding on coopération* Russie, 10 mars 2010, http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/mou_russia_en.pdf

heurter, au delà du seuil communautaire, le régime du contrôle des concentrations issu du règlement n°139/2004⁸²⁶, les articles 21 paragraphe 4 de ce règlement et 346 paragraphe 1 du TFUE, permettent aux États de conserver un pouvoir de contrôle sur les opérations de concentration mettant en jeu les questions de sécurité nationale.

902.Dans le même sens, le droit de la concurrence de l'Union prend en compte les préoccupations afférentes au maintien de la continuité de la vie nationale au travers de plusieurs instruments. En effet, si le droit des aides d'État et la théorie de l'abus automatique, prohibent l'octroi abusif de droits exclusifs et spéciaux et les soutiens financiers étatiques aux entreprises, ils prennent en compte la vulnérabilité⁸²⁷ des entreprises chargées d'une mission de service public, en permettant aux États financer les obligations mises à leur charge, ou encore d'octroyer des droits exclusifs ou spéciaux à ces dernières. De plus, le Droit des aides d'Etat, permet de façon générale aux États, lorsqu'ils agissent en investisseurs privés en économie de marché, de remédier à la vulnérabilité de certaines entreprises en leur apportant des capitaux, notamment sous forme de prises de participations.

903.Au total, si le droit de la concurrence de l'Union prend en compte les préoccupations afférentes à la sécurité nationale, ou encore à la continuité de la vie nationale, tel n'est semble-t-il pas le cas de celles afférentes aux objectifs de politique nationale. Toute la question est dès lors de savoir si et comment de telles préoccupations peuvent être prises en compte. À ce sujet, s'il semble difficile de prendre en compte des préoccupations telles que la défense des marques prestigieuses ou symboliques, ou encore la transmission d'un savoir faire historique, le droit de la concurrence de l'Union ne peut-il pas intégrer celles afférentes à pérennisation du tissu industriel, à la lutte contre les délocalisations, et au maintien de l'emploi? Pour exemple en France, le Ministre chargé de l'économie s'est vu attribuer par l'article L-430-7-II alinéa 1

⁸²⁶ Op. Cit.

⁸²⁷ Découlant de la charge supplémentaire que représente l'accomplissement des missions de service public.

du Code de commerce, un droit d'évocation⁸²⁸ adossé aux "*motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence*". L'alinéa 2 de cette disposition précise que "*Les motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence pouvant conduire le ministre chargé de l'économie à évoquer l'affaire sont, notamment, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi*". Un tel mécanisme ne peut-il pas être transposé au niveau de l'Union?

904. À la vérité, Ces interrogations posent de façon générale, la problématique afférente à la place du droit de la concurrence dans le système juridique de l'Union, et partant, aux rapports qu'entretient ce droit avec les autres corpus textuels. À ce sujet, force est de constater que s'il était difficile d'admettre la prise en compte des préoccupations sus-évoquées avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, du fait du primat du droit de la concurrence, et partant de la politique de la concurrence sur les autres politiques communautaires (A) tel n'est semble-t-il plus le cas depuis l'avènement du traité de Lisbonne, qui a relativisé ce primat⁸²⁹ (B).

A) La place du droit de la concurrence avant le traité de Lisbonne: un primat vassalisant les autres politiques communautaires

905. Avant l'adoption du traité de Lisbonne, le primat du droit de la concurrence consacré par la jurisprudence (2), contrastait avec l'interprétation des dispositions du TCE (I).

1) Un primat textuellement discutable...

906. Antérieurement au traité de Lisbonne, la place de la concurrence dans le système juridique de l'Union pouvait être déduite d'une analyse de certaines dispositions logées dans la partie

⁸²⁸ En ce sens, voir Christophe Lemaire, "*Droit d'évocation du ministre en France et droit européen*" (Paris, 18 octobre 2013), février 2014, *Revue Concurrences* n° 1-2014, Art. n° 63863

⁸²⁹ Sur la place du droit de la concurrence dans l'ordre juridique de l'Union, voir André Decocq et Georges Decocq "*Droit de la concurrence: droit interne et droit de l'Union européenne*", 6^{ème} éd., Lextenso éditions, LGDJ septembre 2014.

afférente aux principes de la Communauté. L'article 2 du TCE disposait que "*la Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun, d'une Union économique et monétaire et par la mise en œuvre des politiques ou des actions communes visées aux articles 3 et 4, de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, l'égalité entre les hommes et les femmes, une croissance durable et non inflationniste, un haut degré de compétitivité et de convergence des performances économiques, un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement, le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les États membres*". Quant à l'article 3 sous g), il disposait qu'"*aux fins énoncées à l'article 2, l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le (...) traité (...) un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur (...)*".

907. Il importe de remarquer que l'article 2 du TCE, qui décrivait la "*mission*" de la Communauté, ne faisait pas référence à la concurrence libre et non faussée. Certes, cette disposition rappelait la nécessité "*de promouvoir... un haut degré de compétitivité*", mais, "*compétitivité*", n'est pas nécessairement synonyme de "*concurrence*". En disposant à titre liminaire qu'"*aux fins énoncées à l'article 2, l'action de la Communauté comporte (...)*", le TCE érigeait l'article 3 en disposition permettant de préciser les actions, ou plutôt les instruments permettant de remplir les objectifs généraux fixés à l'article 2. Or, dans l'ordre logique, les "*missions*" ont un caractère plus fondamental que les "*actions*". Ces dernières n'existent que pour réaliser les premières. On peut donc tirer de ces dispositions que la concurrence a été conçue, comme un moyen destiné à atteindre une fin, et non comme une fin en soi. Cette interprétation n'était pas partagée par la jurisprudence.

2)...mais consacré par la jurisprudence

908. Cette position n'était pas partagée par le Cour et le Tribunal, qui n'ont pas manqué d'ériger le

droit de la concurrence en objectif de l'Union, et non en moyen d'action de cette dernière. Le Tribunal a pu ainsi déclarer dans une décision du 14 décembre 2006 que "(...) *las tradiciones et preferencias politicas de los Estados miembros pueden parfois entrar en conflicto con el objetivo fundamental de una competencia no falseada, inscrito en el artículo 3, apartado g, CE*"⁸³⁰. Dans le même sens, la Cour déclarait dans une décision rendue au mois de juin de la même année que "*la libre competencia en el interior del mercado comun que constituye, en virtud de el artículo 3 apartado 1, apartado g), CE, un objetivo fundamental de la Comunidad*"⁸³¹.

909. Une telle élévation de la concurrence au rang d'objectif fondamental de l'Union s'inscrivait dans la dynamique des institutions juridictionnelles européennes, visant à accorder une prépondérance au droit de la concurrence. Certes, la Cour a pu admettre dans certaines conditions des restrictions de concurrence pour des raisons tirées de la nécessité de concilier les règles de la concurrence avec les autres objectifs poursuivis par les traités. Cependant, elle n'a pas manqué d'assigner une limite à ces restrictions, car selon elle, la compréhension accordée à ces dernières ne saurait entraîner un fléchissement du jeu de la concurrence qui risquerait de porter atteinte aux finalités du marché commun⁸³².

910. Cette prééminence du droit de la concurrence, qui par ailleurs était renforcée par l'article 4 du TCE⁸³³, a failli être gravée dans le marbre par le traité établissant une constitution pour l'Europe. En effet, l'article I – 3 (2) de ce traité prévoyait que parmi les différents "*objectifs*" de l'Union, figurait celui d'offrir à ses citoyens "*un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures et un marché intérieur où la concurrence est libre et non faussée*". Cette formulation, d'apparence anodine, l'était moins en réalité. En effet, s'il avait été adopté, ce traité aurait érigé la concurrence en objectif de l'Union.

911. Cette disposition, compte tenu des effets qu'elle aurait pu produire, a été l'objet de vives

⁸³⁰ TUE, 14 décembre 2006, aff. jtes T-259/02, T-264/02 et T-271/02, *Raieisen Zentralbank Österreich AG et autres c/ Commission*, Rec., 2006, p. II.5169, point 255.

⁸³¹ CJUE, 29 juin 2006, aff. C-289/04 P, *Showa Denko KK et autres c/Commission*, Rec., 2006, p. I-5859, point 55.

⁸³² CJCE, 21 février 1973, aff. 6/72, *Europemballage et Continental Can c/ Commission*, Rec., 215.

⁸³³ Selon cette disposition, l'action des États membres et de la Communauté devait être "*conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre*".

objections lors des débats référendaires, particulièrement en France. D'où l'insistance de l'ancien président français - Nicolas Sarkozy -, lors du sommet où fut adopté le mandat de la Conférence intergouvernementale, pour que l'objectif de "*concurrence libre et non faussée*" soit retiré de l'article I-3. La position française s'est heurtée à l'opposition quasi unanime des autres parties à la négociation. Néanmoins, elle a fini par prévaloir. Il a donc été décidé de modifier l'article I-3 de la constitution - devenu entre temps article 3 du TUE-, en supprimant du paragraphe 2 les mots "*où la concurrence est libre et non faussée*", et en rejetant au paragraphe suivant la mention du "*marché intérieur*". Par ailleurs, l'article 4 du TCE ne se retrouve plus dans les articles liminaires du TUE, même si l'expression qu'il traduisait continue à figurer à l'article 98 du TFUE.

912. Face à la disparition de toute mention de la concurrence, que ce soit comme moyen ou comme objectif, et sous l'insistance de la Commission, il a été décidé d'introduire parmi les annexes du traité un "*protocole sur le marché intérieur et la concurrence*", en vertu duquel "*les Hautes Parties Contractantes, compte tenu du fait que le marché intérieur tel qu'il est défini à l'article [I-3] du TUE comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée, sont convenues que, à cet effet, l'Union prend, si nécessaire, des mesures dans le cadre des dispositions des traités, notamment l'article [308] du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*".

913. Ces changements ne marquent-ils pas la relativisation de la prééminence du droit de la concurrence par rapports aux autres politiques?

B) Le primat du droit de la concurrence après le traité de Lisbonne: une relativisation permettant la prise en compte des préoccupations sous-tendant les patriotismes économiques nationaux ?

914.La relativisation du primat du droit de la concurrence (1), semble ouvrir la voie à la prise en compte de certaines préoccupations sous-tendant les patriotismes économiques nationaux (2).

1) La relativisation du primat du droit de la concurrence par le traité de Lisbonne

915. À la faveur du traité de Lisbonne, il y a désormais deux traités, le traité sur l'Union européenne et le traité sur le fonctionnement de l'Union. La concurrence disparaît des articles introductifs du traité sur l'Union européenne, et la référence à la création du marché intérieur à l'article 3, paragraphe 2, du TFUE ne s'accompagne pas de la référence au principe de concurrence. La référence à "*la concurrence libre et non faussée*" résulte désormais du protocole n°27 sur le marché intérieur et la concurrence.

916.Ces changements interpellent quant à leur portée. À ce sujet, il a été présenté plusieurs lectures présentant la meilleure intelligence de la manière dont doivent être interprétés de tels changements.

917.Une première lecture, qui a été soutenue par le président Valéry Giscard d'Estaing dans les colonnes d'un grand quotidien français, est celle de la "*boîte à outils*". Selon les partisans de cette thèse, le traité de Lisbonne n'aurait pas modifié la boîte à outils ni son contenu, cette dernière aurait simplement été "*redécorée*". Seul l'ordre de rangement des outils a été modifié. Cette thèse peut notamment s'appuyer sur l'article 51 du TUE qui dispose, que "*les protocoles et annexes des traités en font partie intégrante*".

918.Dans le droit fil de cette lecture, certains auteurs ont pu dire que les données juridiques ne

changent pas⁸³⁴. Plus encore, il a été posé la question du renforcement de la place du droit de la concurrence. Ainsi, à travers le protocole, il est explicitement affirmé que le système garantissant une concurrence non faussée constitue une composante essentielle du marché intérieur. Or le marché intérieur constitue bien un objectif de l'Union européenne. Dès lors, la concurrence, qui lui est consubstantielle, ne le devient-elle pas alors avec lui⁸³⁵ ?

919. Nous ne partageons pas une telle lecture. On peut en effet se demander si la valeur politique d'un préambule ou des dispositions "*chapeau*" des traités n'est pas plus grande que celle d'un protocole, et ce, même si juridiquement leur valeur est égale. De même, en utilisant une méthode d'interprétation téléologique, la Cour ne risque-t-elle pas de tenir compte de cette évolution quand il s'agira d'interpréter la portée des règles de concurrence, ou de mettre en balance différents principes ou intérêts ?

920. Selon l'alinéa 1 du paragraphe 3 de l'article 3 du TUE, *L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique*". Selon le paragraphe 6 de cette même disposition, *"l'Union poursuit ses objectifs par des moyens appropriés, en fonction des compétences qui lui sont attribuées dans les traités"*. Par ailleurs, aux termes de l'article 3, paragraphe 1, sous b) du TFUE, *"l'Union dispose d'une compétence exclusive (...) [quant à] l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur"*.

921. Au total, le principe de la concurrence non faussée, n'est-il pas définitivement devenu qu'un simple objectif susceptible de céder devant d'autres objectifs? Reste à voir si, dans sa jurisprudence future, la Cour se rangera au côté de cette interprétation téléologique. En effet, il

⁸³⁴ Michel Petite et Michel Waelbroeck, in "*La place du droit de la concurrence dans le futur ordre juridique communautaire*", Colloque Bruxelles, 8 novembre 2007, *Revue des droits de Concurrences* 1- 2008, p. 16 et s.

⁸³⁵ Christophe Lemaire, in "*La place du droit de la concurrence dans le futur ordre juridique communautaire*", Colloque Bruxelles, 8 novembre 2007, *Revue des droits de Concurrences* 1- 2008, p. 16 et suiv.

n'existe pas à notre sens, d'obstacles juridiques à ce que l'institution juridictionnelle européenne emprunte cette voie, ou qu'elle lui préfère une interprétation s'appuyant sur l'article 51 du TUE, pour élever le protocole n° 27 au rang de texte à valeur de traité, préservant ainsi le rang hiérarchique de "*la concurrence non faussée*". En l'absence d'une telle précision, il est permis de penser que le primat du droit de la concurrence a bien été relativisé. Ce qui laisse la place à une prise en compte de certaines préoccupations sous-tendant les patriotismes économiques nationaux.

2) La prise en compte des préoccupations sous-tendant les patriotismes économiques nationaux

922. À notre sens, la nécessité de prendre en compte les asymétries prévalant dans l'application des règles de la concurrence par les partenaires de l'Union, l'instrumentalisation de ce droit à des fins *patriotiques*, plaident en faveur de la relativisation de la prééminence du droit de la concurrence. Tout est question de volonté politique, car si la politique de la concurrence est la manière dont un ordre juridique applique les principes du droit de la concurrence, il importe pour les autorités européennes d'interpréter ces principes dans le sens de la meilleure prise en compte des préoccupations sous-tendant les patriotismes économiques nationaux. Les changements apportés par le traité de Lisbonne les y autorisent. Ces autorités doivent engager l'Union dans une meilleure synergie entre la politique de la concurrence et les autres politiques de l'Union. Dans un contexte de crise, les institutions de l'Union sont d'avis qu'il est crucial d'ancrer l'action de cette entité supranationale dans une exploitation des synergies entre les différentes politiques qui ont un impact sur la compétitivité de l'industrie⁸³⁶. Cette déclaration ne doit pas rester que d'intention, mais doit être suivie d'effet, car si la prise en considération, dans la mise en œuvre de la politique de concurrence, des diverses finalités assignées à l'Union

⁸³⁶ Communication de la Commission, "*Accompagner les mutations structurelles : Une politique industrielle pour l'Europe élargie*", COM [2004] 0274 final.

trouve son terrain d'élection notamment dans le contrôle des aides d'État et dans le mécanisme des exemptions des ententes, une telle synergie est limitée et doit s'étendre à d'autres matières.

923. De ce point de vue, si la raison d'être du patriotisme économique européen, objet de notre étude, est de faire sienne les préoccupations sous-tendant les patriotismes économiques nationaux, une telle appropriation peut passer par une réorientation du contrôle des concentrations relevant du règlement n° 139/2004⁸³⁷. Mais, ce règlement reste fidèle à l'idée du primat du droit de la concurrence, même s'il faut dire qu'historiquement, cette orientation n'allait pas de soi, en dépit de l'obligation de conformité au traité pesant sur le droit dérivé. En effet, une controverse entre les conceptions "*française*" et "*allemande*" de la concurrence avait marqué les débats préparatoires⁸³⁸ et les avant-projets⁸³⁹ afférents à l'adoption du règlement n° 4064/89 du 21 décembre 1989⁸⁴⁰. Alors que les français soutenaient une évaluation des concentrations sur la base d'un bilan économique, les allemands eux prônaient un examen exclusivement fondé sur l'atteinte à la liberté concurrentielle. Les avant-projets intégraient, suivant en cela la conception française, une clause de rachat similaire aux exemptions de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE. Au final, c'est la conception allemande qui fût adoptée, car, une telle clause n'a pas été insérée dans le règlement de 1989, pas plus qu'elle ne l'a été dans celui de 2004⁸⁴¹. Or, la relativisation du primat du droit de la concurrence, et partant de la politique de la concurrence, sur d'autres politiques de l'Union justifie que soit revue une telle orientation.

924. Comme noté précédemment les opérations de concentration se font notamment au travers des acquisitions de contrôle d'une entreprise légalement établie dans l'Union, par une autre établie dans un État tiers. Si certains États membres, à travers les patriotismes économiques nationaux ont entrepris de contrôler de telles opérations, c'était au nom d'impératifs tels que le maintien

⁸³⁷ Op. cit.

⁸³⁸ En ce sens, V.C. Moussin, "*influence française et allemande dans la conception du règlement communautaire sur les concentrations*", RMCUE, 1995, pp. 396 et s.

⁸³⁹ Ibid.

⁸⁴⁰ Op. cit.

⁸⁴¹ Règlement n° 130/2004, op. cit.

de l'emploi, ou la pérennisation du tissu industriel. De telles préoccupations, qui il faut le dire, relèvent d'autres politiques de l'Union, ne figurent qu'aux treizième et quinzisième considérants de la déclaration protocolaire du Conseil⁸⁴². Il y est en effet renvoyé, à la cohésion économique et sociale, au renforcement de la compétitivité de l'industrie européenne, à l'amélioration des conditions de la croissance, ainsi qu'à l'élévation du niveau de vie dans la Communauté. En dehors de cette déclaration, qui n'a pas de force juridique, ces préoccupations ne sont assurément pas prises en compte par le règlement n°139/2004⁸⁴³.

925. En effet, selon l'exposé du motif [23] de ce règlement, l'appréciation des opérations de concentration doit se faire "*en fonction de la nécessité de préserver et de développer une concurrence effective dans le marché commun*". L'article 2 paragraphe 3 du même règlement dispose que: "*Les opérations de concentration qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées incompatibles avec le marché commun*". C'est donc dire que l'appréciation de la compatibilité d'une opération de concentration se fait au regard de la création ou du renforcement d'une position dominante, mais aussi, de toute entrave significative à une concurrence effective sous le seuil de dominance. Le bilan concurrentiel apparaît donc comme dominant aussi bien au stade de l'appréciation de la compatibilité matérielle d'une opération de concentration, qu'à celui des justifications apportées par les entreprises pour obtenir l'absolution d'une concentration débouchant sur un pouvoir de marché significatif. De ce dernier point de vue, il est regrettable qu'alors même qu'une opération de concentration s'avère anticoncurrentielle, son rachat ne se fasse pas à l'aune de critères prenant en compte les objectifs poursuivis par les autres politiques de l'Union. En effet, dans pareil cas, le droit des concentrations n'admet que deux justifications:

⁸⁴² Déclaration du Conseil du 19 décembre 1989, WuW 1990, p. 240.

⁸⁴³ Op. cit.

- la première est générale, en ce qu'elle peut être invoquée dans toutes les affaires. À ce sujet, le droit des concentrations permet à une opération de concentration d'échapper à une décision d'incompatibilité s'il est prouvé qu'elle génère des gains d'efficacité contrebalançant les effets néfastes sur la concurrence⁸⁴⁴. Cependant, selon les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, de tels gains d'efficacité doivent tendre à accroître la capacité et l'incitation de l'entité fusionnée à adopter un comportement favorable à la concurrence au bénéfice des consommateurs⁸⁴⁵. Trois conditions sont alors exigées:

- les gains d'efficacité doivent être à l'avantage des consommateurs⁸⁴⁶. En d'autres termes, toute réduction de coût permise par l'opération - gain d'efficacité productive - doit être transférée au consommateur - gain d'efficacité allocative -⁸⁴⁷;
- ensuite, les gains d'efficacité doivent être propres à la concentration, en ce sens qu'elle doit en être la cause directe, et qu'ils ne pourraient être atteints autrement que par la concentration⁸⁴⁸;
- enfin, les gains d'efficacité doivent être "vérifiables"⁸⁴⁹.

- La seconde justification admise par les lignes directrices sur les concentrations horizontales concerne le sauvetage d'une entreprise en difficulté. Une telle justification peut laisser à penser que son admission est guidée par les impératifs du maintien de l'emploi. Il n'en est cependant rien, car cette faculté est guidée par l'idée que sans l'opération de concentration, l'entreprise en difficulté disparaît du marché, et qu'en tout état

⁸⁴⁴ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO C 31 du 5 février 2004, p. 5 à 18, paragraphe 76.

⁸⁴⁵ Ibid, paragraphe 77.

⁸⁴⁶ Ibid, paragraphe 79.

⁸⁴⁷ Ibid, paragraphe 80.

⁸⁴⁸ Ibid, paragraphe 85.

⁸⁴⁹ Ibid, paragraphe 86.

de cause, la détérioration du marché ne serait pas causée par l'opération de concentration.

Trois conditions sont cependant exigées⁸⁵⁰:

- l'entreprise à acquérir doit être "défaillante", c'est à dire qu'elle sortirait du marché si la concentration n'avait pas lieu;
- la concentration doit être la solution la moins restrictive de concurrence;
- dans l'hypothèse d'une sortie du marché de l'entreprise défaillante, il doit être prouvé que l'entreprise acquéreuse reprendrait la part du marché de l'entreprise acquise, ou que ses actifs disparaîtraient inévitablement du marché s'ils n'étaient pas repris par une autre entreprise.

926. Il ressort des précédents développements, que satisfaction des consommateurs et préservation de la structure du marché sont les remèdes aux effets anticoncurrentiels avérés d'une opération de concentration. Or, la prise en compte des préoccupations sous-tendant les patriotismes économiques nationaux passe à notre sens par une meilleure prise en compte du bilan économique d'une telle opération. Un tel bilan semble reléguer au second plan.

927. En effet historiquement, réagissant à la première décision⁸⁵¹ prise par la Commission après l'adoption du règlement n° 4064/89⁸⁵², le Parlement européen, avait souhaité une modification du droit des concentrations aux fins de donner plus d'importance au bilan économique⁸⁵³. Le

⁸⁵⁰ Ibid, paragraphes 89 et 90.

⁸⁵¹ Décision de la Commission, du 2 octobre 1991, déclarant une concentration incompatible avec le marché commun, aff. n° IV/M.053, *Aérospatiale- Alenia/de Havilland*, JO L 334 du 5 décembre 1991, p. 42–61. Dans cette décision, la Commission s'opposait à la reprise en commun par les constructeurs d'avions européens Aérospatiale et Alenia du constructeur canadien *de Havilland*, au motif que cette opération était de nature à créer une position dominante. Intégrant superficiellement l'analyse économique dans son raisonnement, la Commission rechercha si l'opération de concentration en cause était de nature à procurer des économies de coûts, si un accroissement de capacité ou de parts de marché des acquéreurs était nécessaire pour garantir la réussite à long terme de leurs avions, et si ces acquéreurs pouvaient s'assurer un avantage concurrentiel en produisant dans la zone dollar. Répondant par la négative à ces interrogations, la Commission jugea que l'opération envisagée ne contribuait pas au développement du progrès technique et économique au sens de l'article 2, § 1 sous b) du règlement n° 4064/89.

⁸⁵² Op. cit.

⁸⁵³ En ce sens, Laurence Idot et Christophe Momege, "*faut-il réviser le règlement sur le contrôle des concentrations ? Brefs propos sur l'affaire de Havilland*", *Revue Europe*, janvier 1992, p. 5.

règlement n° 139/2004⁸⁵⁴ n'a pas suivi cette voie. Pourtant, avant son adoption, le Comité économique et social européen s'était prononcé en ce sens en se disant favorable à *"la prise en compte [des aspects économiques] dans de futurs projets législatifs supranationaux sur la question"*⁸⁵⁵. Le Conseil ajoutait qu'en appréciant la compatibilité d'une opération de concentration avec le marché commun, *"la Commission se (devait) de placer son appréciation dans le cadre général des objectifs fondamentaux visés à l'article 2 du traité instituant la Communauté européenne et à l'article 2 du traité sur l'Union européenne"*. Il faut cependant noter que la pratique décisionnelle de la Commission a depuis évolué dans le sens d'une prise en compte des enjeux économiques et techniques. Ainsi, sauf lorsque les parties n'allèguent pas une contribution au progrès⁸⁵⁶, les décisions d'incompatibilité contiennent le plus souvent, après l'analyse concurrentielle, un chapitre intitulé *"Progrès techniques et économiques"* ou *"évolution du progrès technique et économique"*.

928. En droit interne, les pouvoirs publics disposent d'un droit d'évocation leur permettant de mettre en avant des considérations économiques quant à une opération de concentration. L'arrêté du Ministre de l'économie et du Ministre de l'agriculture du 24 novembre 1999⁸⁵⁷ à propos du projet d'acquisition par *The Coca-Cola Company* des actifs du groupe *Pernod Ricard* relatif aux boissons de marque *"Orangina"* en est l'illustration. Dans ce décret les autorités publiques ont pu développer des arguments allant dans le sens de la prise en compte des effets que pouvait avoir l'opération projetée sur l'économie. Il précisait en effet que l'avantage qui résulterait pour le groupe français de la vente d'une partie de ses actifs *"ne saurait être considéré à lui seul comme progrès économique pour la collectivité, dès lors que cette dernière supporterait en contrepartie le coût induit d'un affaiblissement de la concurrence sur les marchés concernés par la présente opération"*. Plus intéressant, le décret

⁸⁵⁴ Op. cit.

⁸⁵⁵ Avis du Comité économique et social européen sur le *"Projet de communication de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises"*, JOUE, no C 10, 14 janvier 2004.

⁸⁵⁶ Pour exemple, Comm. Décis. Du 17 octobre 2001, *CVC/Lenzing*, JOUE n° L 82 du 19 mars 2014.

⁸⁵⁷ BOCCRF du 30 décembre 2000.

contenait des éléments relatifs à la manière d'apprécier l'incidence globale d'une opération de concentration sur l'emploi notamment.

929. Au total, si l'analyse des décisions rendues par la Commission montre une relative évolution quant à prise en compte du bilan économique dans l'appréciation des opérations de concentration, cette évolution reste timide, et se traduit le plus souvent par un bilan économique négatif. Pourtant, les négociations que permettent la justification des effets anticoncurrentiels d'une opération de concentration, et la relativisation du primat du droit la concurrence autorisent un comportement stratégique de la part de la Commission, qui détient à notre sens un levier permettant d'instaurer davantage de synergie entre la politique de la concurrence et les autres politiques de l'Union.

CONCLUSION DE CHAPITRE

930. Il ressort des précédents développements que compte tenu de son état de maturation, il semble quelque peu illusoire d'admettre l'Union au bénéfice d'un contrôle à titre exclusif des investissements en provenance des pays tiers adossé à des motifs qui relèvent de l'*imperium* des Etats. Dès lors, si la raison d'être du patriotisme économique européen consiste à mieux prendre en compte les préoccupations patriotiques des États, il est possible de formaliser ces dernières en s'appuyant sur les dispositions afférentes au rapprochement des législations nationales, combinées aux exceptions au principe de la libre circulation des capitaux. Une telle démarche permet de définir les secteurs stratégiques au niveau européen et de n'autoriser la défense de ces derniers que dans les relations avec les pays tiers, car la condition de l'efficacité d'un tel dispositif dépend de son aptitude à éviter que des attitudes défensives ne se manifestent à l'intérieur de l'Union.

931. L'Union peut tout aussi bien s'appuyer sur le droit de la concurrence et notamment sur le droit des concentrations pour contrôler les investissements en provenance des pays tiers. Une telle faculté existe dans des pays comme le Royaume-Uni où l'*Enterprise Act* de 2003, a introduit une application spécifique du contrôle des concentrations aux secteurs affectant les intérêts publics. En France, au nom de la préservation de l'intérêt général, le Ministre en charge de l'économie a un pouvoir d'évocation quant à certaines opérations de concentration mettant en jeu l'intérêt général, lequel se rapporte au développement industriel, à la compétitivité des entreprises ou à la création ou au maintien de l'emploi⁸⁵⁸. Une telle application spéciale du droit des concentrations, qui ne relègue pas systématiquement au second plan les préoccupations autres que concurrentielles, peut être transposée en droit de l'Union, d'autant plus qu'à notre sens il n'existe plus d'obstacles juridiques à une telle démarche depuis l'adoption du traité de Lisbonne.

⁸⁵⁸ Article L-430-7-II, alinéas 1 et 2 du Code de commerce.

CONCLUSION DE SECOND TITRE

932. Sans entrer dans une logique protectionniste, l'Union européenne se doit de répondre aux asymétries prévalant dans l'appréhension des investissements étrangers, lesquelles se manifestent par une attitude défensive de ses principaux partenaires qui eux, n'hésitent pas à adopter une attitude défensive face à de tels investissements.

933. En attribuant une compétence exclusive en matière d'investissements directs étrangers, le traité a pu fournir à l'Union un levier propre à répondre à de telles attitudes. Mais, outre le fait que cette compétence est sujette à des incertitudes juridiques, les autorités de l'Union semblent vouloir s'inscrire dans une dynamique libérale. Une telle attitude n'est pas favorable aux États qui soucieux de défendre leurs entreprises stratégiques n'hésiteront pas à profiter de l'imprécision textuelle pour compliquer la tâche des autorités chargées de mettre en œuvre la politique d'investissement commune. Une telle circonstance exige dès lors une meilleure prise en compte de leurs préoccupations quand ils défendent leurs entreprises stratégiques. Tout autre grief que l'on pourrait opposer à la politique d'investissement commune est qu'elle se matérialise par la conclusion de conventions qui ne lient que les parties à l'acte. D'où la relativité de la protection qu'elle peut éventuellement procurer aux États. C'est pourquoi il importe pour l'Union de s'engager dans la voie de la création d'un cadre autonome de contrôle des investissements étrangers.

934. De ce point de vue, tout en consacrant le principe de la libre circulation des capitaux dans les relations tant intra-UE, que dans celles avec les pays tiers, le traité prévoit d'y déroger. C'est donc dire que de telles exceptions sont consubstantielles à la libération des capitaux. Dès lors, pourquoi ne pas s'engager dans cette voie pour fournir aux États la protection qu'ils réclament à travers les patriotismes économiques nationaux ? Une telle démarche s'avère nécessaire car les autorités publiques nationales, soucieuses de répondre aux impératifs qui fondent leur légitimité politique, n'hésitent plus à défendre ouvertement leurs entreprises stratégiques. Pour

exemple, on a vu le gouvernement français, face à la tentative d'achat de la branche électrique d'*Alstom* par *General electric*, modifier en toute illégalité⁸⁵⁹ la liste des secteurs devant être soumis à autorisation préalable quant aux investissements étrangers. Une telle attitude, qui se traduit par l'institution de dispositifs restrictifs ne se justifiant pas par les exceptions fixées par le traité ou admises par la jurisprudence, est de nature à porter un coup à la construction européenne. Mais, un tel dépassement n'est souvent pas dénué de sens. Les développements précédents l'ont démontré.

935. Pour cette raison, il importe pour l'Union de sortir de sa philosophie libérale et d'entendre les *Etats patriotes* qui font face à de grands ensembles économiques qui défendent leurs entreprises stratégiques. Cette démarche passe à notre sens par la validation, dans les relations avec les pays tiers, de la défense des entreprises stratégiques en dehors des exceptions aux principes de la libre circulation des capitaux. Une telle faculté n'est pas contredite par le droit de l'Union.

936. Mais cette démarche, peut aussi s'appuyer sur des canaux plus souples. De ce point de vue, la relativisation de primat du droit de la concurrence autorise les autorités européennes à inscrire ce droit dans une meilleure synergie avec les autres politiques de l'Union.

⁸⁵⁹ Au sens du droit de l'Union.

CONCLUSION DE SECONDE PARTIE

Il apparaît au vue de nos développements que l'opposition systématique aux patriotismes économiques nationaux ne semble pas être la bonne approche, car les États peuvent s'appuyer sur le droit des sociétés qui leur offre bien des perspectives. Un tel état de fait plaide dès lors en faveur de la mise sur pied d'une politique d'investissement commune qui sache faire sienne les préoccupations *patriotiques* de ces derniers, à laquelle doit néanmoins être adjoind un cadre autonome de contrôle des investissements en provenance des pays tiers.

Il importe de noter que la faculté pour les États de recourir au droit des sociétés montre que ces derniers ne sont pas toujours perdants dans le face à face qui les oppose aux autorités de l'Union. Cette affirmation est d'autant vraie que la directive n° 2004/25 sur les offres publiques d'acquisition, loin de relativiser le recours au droit des sociétés à des fins de protection des entreprises, est venu conforter les possibilités qu'offre ce droit. Alors que la Commission entendait mettre sur pied un cadre juridique ambitieux et contraignant relatif aux OPA, elle s'est heurtée aux résistances nationales. Au final, le texte qui a été adopté s'avère être plus un compromis politique qu'un outil véritablement coercitif. En effet, si la directive précitée pose le principe de la neutralité des dirigeants et de la neutralisation des défenses conventionnelles en période d'offre, elle permet aussi aux États, à travers les *arrangements facultatifs*, d'autoriser leurs entreprises à ne pas appliquer ces règles. Plus significatif elle autorise les législations nationales à renforcer les armes de défense anti-OPA. La récente loi française visant à reconquérir l'économie réelle⁸⁶⁰ l'illustre bien. Ce texte a en effet accentué les moyens de protection des entreprises en période d'offre publique.

⁸⁶⁰ LOI n° 2014-384 du 29 mars 2014, JORF n°0077 du 1 avril 2014 p. 6227.

CONCLUSION GÉNÉRALE

937.La confrontation du patriotisme économique au droit de l'Union européenne nous a préalablement amené à définir cette notion. Une telle démarche s'avérait nécessaire car le patriotisme économique est une notion qui n'a pas de réalité juridique. De plus, ce concept fait référence à des comportements pouvant être le fait des États, des entreprises et des citoyens. Nous avons entendu circonscrire notre analyse au patriotisme économique des États, en le définissant en substance comme la défense des entreprises stratégiques.

938.Ensuite il a fallu identifier les outils permettant précisément de défendre de telles entreprises. À ce sujet, les États ont pu instituer des dispositifs de contrôle des investissements étrangers, lesquels intégraient les actions spécifiques et les réglementations nationales relatives aux relations financières avec l'étranger.

939.S'agissant des actions spécifiques, historiquement, leur mise en place était guidée par la nécessité de garder un droit de regard sur certaines entreprises privatisées. De tels outils conféraient aux États, des pouvoirs spéciaux dérogatoires du droit commun des sociétés et aptes à éviter toute prise de contrôle de la part d'entités étrangères. En pratique, Ces pouvoirs permettaient notamment de stabiliser l'actionnariat et de contrôler la gestion des entreprises à protéger.

940.Quant aux réglementations relatives aux relations financières avec l'étranger, elles permettaient de compléter le régime des actions spécifiques qui ne s'appliquait qu'à certaines entreprises, en lui adjoignant un dispositif général s'appliquant à toutes les entreprises du moment que leurs activités se rapportaient à certains secteurs.

941.Le souci de protéger les entreprises stratégiques financièrement vulnérables contre les prises de possession étrangères a par la suite amené les États à créer des fonds stratégiques d'investissement dans le but de prendre des participations protectrices dans lesdites entreprises. L'entrée de l'État français au capital de *PSA Peugeot Citroën* pour faire le contrepoids à l'entreprise chinoise *Dongfeng* est significative de cette facette du patriotisme économique.

942. Enfin, l'octroi de droits exclusifs et spéciaux a pu apparaître comme intéressant ce qu'il permet de conforter la position concurrentielle d'une entreprise par un effet de cloisonnement des marchés nationaux.

943. Une fois ces outils identifiés, il a fallu les confronter au droit de l'Union européenne. De ce point de vue, nos développements ont pu démontrer qu'aux patriotismes économiques nationaux, ou du moins aux outils sus évoqués, les autorités européennes ont pu opposer les principes de la libre circulation et de la libre concurrence.

944. Les principes de la libre circulation, déclinés en principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement, et le principe de la libre concurrence permettent d'appréhender les dispositifs nationaux de contrôle des investissements étrangers. À ce sujet, nos développements ont pu relever qu'en instituant de tels dispositifs les États couraient le risque de se mettre en faux avec le droit de l'Union. En jugeant par exemple de la légalité des actions spécifiques, les autorités juridictionnelles de l'Union ont pu isoler trois éléments permettant révéler l'existence d'une telle contrariété. Ces actions doivent être d'origine étatique, elles doivent viser les opérations matérielles relevant des deux libertés et avoir un caractère restrictif. Outre le risque de contradiction avec les principes de la libre circulation, ces dispositifs de contrôle des investissements étrangers peuvent contrarier au delà du seuil communautaire, la compétence de la Commission en matière de contrôle des concentrations telles que définie par le règlement CE n° 139/2004⁸⁶¹.

945. Cependant, ces risques de contradictions sont tempérés par la faculté ouverte aux États de justifier les dispositifs de contrôle des investissements étrangers en invoquant les exceptions ou dérogations aux principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement fixées par le traité, auxquelles ont été adjointes les raisons impérieuses d'intérêt général prévues par la jurisprudence. De tels risques sont tout aussi bien tempérés par la possibilité offerte aux États de contrôler les opérations de concentration de taille communautaire en

⁸⁶¹ Op. cit.

évoquant certains motifs prévus par le règlement CE sur les concentrations et par le traité.

946. En s'appuyant sur le fonds stratégiques d'investissement pour prendre des participations dans le capital de certaines entreprises et ainsi stabiliser leur actionnariat, les États peuvent violer la prohibition des aides d'État fixée par l'article 107 du TFUE. Mais pour conclure à une telle transgression, de telles prises de participation doivent être qualifiées d'aides d'État. De ce point de vue, elles le seront si elles sont reconnues comme étant d'origine étatique, ou comme ayant un caractère sélectif, ou enfin comme procurant un avantage à l'entreprise stratégique bénéficiaire.

947. Mais ce risque de contradiction est tout aussi bien tempéré par le caractère cumulatif de ces critères, de sorte qu'il suffit que l'un d'eux ne soit pas rempli pour que la prise de participation échappe à la qualification d'aide d'État. À ce sujet, le droit de l'Union permet aux États d'éviter toute qualification d'aide en agissant en investisseur privé en économie de marché. C'est sur cette base de ce critère que des pays comme la France ou encore l'Italie, ont pu instituer des fonds stratégiques d'investissement.

948. En octroyant de façon abusive des droits exclusifs et spéciaux à certaines entreprises dans le but de renforcer leur position concurrentielle, les États peuvent être condamnés sur la base des théories de l'*abus automatique* et des *facilités essentielles*. Mais, cette condamnation suppose que la pratique abusive reprochée à l'entreprise bénéficiaire de la monopolisation de service soit imputable à l'Etat. Mais, une telle imputabilité peut ne pas tomber sous le coup du droit de l'Union si l'octroi des droits exclusifs et spéciaux compense la gestion d'un service économique d'intérêt général.

949. Ainsi présentée, la confrontation du patriotisme économique au droit de l'Union montre qu'en défendant leurs entreprises stratégiques, les États membres peuvent se mettre en porte à faux avec le droit de l'Union, mais que ce droit leur offre une certaine marge de manœuvre. Nos développements ont toutefois montré que cette marge manœuvre est étroite car les tempéraments aux principes de la libre circulation et de la libre concurrence ne sont appliqués

que restrictivement par les autorités de l'Union. Une telle circonstance amène les États à être sans cesse inventifs pour défendre leurs entreprises stratégiques. De ce point de vue, force est de constater que plutôt que de s'appuyer sur la loi pour défendre leurs entreprises stratégiques au risque d'être sanctionnés par le droit de l'Union, les États peuvent recourir au droit des sociétés pour obtenir des résultats sinon idoines, du moins comparables.

950. Ce droit, par la liberté qui le sous-tend, permet à ces derniers de s'appuyer sur un statut d'actionnaire ordinaire pour stabiliser l'actionnariat de l'entreprise à protéger, ou encore pour contrôler la gestion de cette dernière. Cette faculté a un temps permis à la France à l'Allemagne et à l'Espagne de sécuriser les actifs stratégiques qu'ils avaient transférés à EADS - devenu *Airbus Group* -. Mais, le droit des sociétés permet aussi aux États de développer en toute légalité européenne⁸⁶², un statut partiellement exorbitant. Une telle faculté lui ouvre dès lors la possibilité de s'appuyer sur la loi pour contrôler la société. Une telle circonstance nous a permis de pointer du doigt l'incohérence du droit de l'Union qui d'une part, a pu sanctionner les actions spécifiques au motif qu'elles avaient été instituées par la loi, mais qui d'autre part, tolère une telle intervention quand il s'agit par exemple de nommer par acte administratif les membres des organes sociaux. Un tel état de fait est d'autant plus critiquable que dans les deux cas l'intrusion de la loi s'applique au contrat social.

951. Face à la possibilité pour l'État de recourir au droit des sociétés, face à la persistance des replis nationaux, et compte tenu du risque de désintégration des marchés à l'intérieur de l'Union, nous avons pris le parti de réfléchir sur ce qu'il était possible de faire pour prendre en compte les préoccupations des États quand ils défendent leurs entreprises stratégiques.

952. Sous le vocable de patriotisme économique européen cette démarche nous a conduit dans un premier temps à évaluer le potentiel protecteur de la compétence de l'Union en matière d'investissements directs étrangers. De nos développements il est ressorti que cette compétence, qui a permis à la Commission de plaider en faveur d'une politique

⁸⁶² Au sens du droit de l'Union.

d'investissement commune, est sujette à des incertitudes juridiques. En effet, une telle prérogative n'inclut pas les investissements indirects, alors qu'on voit de plus en plus l'émergence des fonds souverains, qui sous l'apparence de prises de participations à portée exclusivement financière n'hésitent plus à ancrer leurs interventions dans une logique de prise de contrôle rampante. De plus, les dispositions du traité fondant la compétence exclusive de l'Union en matière d'investissements directs sont muettes sur la question de son autonomie par rapport à la matière commerciale et sur celle des aspects des investissements y relevant - traitement de l'investissement après l'entrée -. Une telle circonstance peut se traduire par un conflit de compétence entre l'Union et les États qui ne manquera pas de rendre malaisée la conduite d'une politique d'investissement commune cohérente et lisible. De plus, la volonté libérale parfois affichée de la Commission risque de compromettre la mise en place de principes qui sachent conjuguer ouverture aux investissements étrangers et protection des secteurs stratégiques. Enfin, la politique d'investissement commune s'appuie sur des conventions, ce qui montre la relativité de son éventuel effet protecteur.

953. Les raisons sus évoquées nous ont conduit à réfléchir sur le cadre pertinent d'intervention de l'Union. Était alors posée la question la création d'un cadre autonome de contrôle des investissements en provenance des pays tiers.

954. Cette interrogation nous a amené dans un premier à réfléchir sur la possibilité de mettre en place un dispositif permettant à l'Union de contrôler à titre exclusif les investissements en provenance des pays tiers, en s'appuyant sur les exceptions qui relèvent selon le traité de la compétence des États. Une telle éventualité n'a pas résisté à la réalité juridique, mais surtout factuelle, car l'Union n'a pas encore atteint un niveau de maturation qui permettrait qu'on lui transfère des compétences qui relèvent de l'*imperim* des États.

955. Dès lors, réfléchissant sur le niveau pertinent d'intervention de l'Union, nous avons pu démontrer que la prise en compte des préoccupations *patriotiques* des États peut passer par une sorte de mutualisation de leurs dispositifs de contrôle des investissements étrangers.

L'idée étant d'inviter les autorités européennes, plutôt que de s'opposer systématiquement à ces dispositifs, à accueillir ceux qui se justifient objectivement. Une telle démarche conduirait à rapprocher les législations nationales disparates qui sont adossées à des motifs juridiquement contestables, mais qui dans les faits sont objectivement justifiés par l'idée de prendre en compte les asymétries prévalant dans l'appréhension des investissements étrangers au niveau mondial. Cette attitude permettrait de définir les secteurs stratégiques au niveau européen et ouvrirait la voie à la défense de ces derniers dans les relations avec les pays tiers.

956.À cette faculté, il est possible d'adjoindre celle visant à s'appuyer notamment sur le droit des concentrations pour contrôler les investissements potentiellement nuisibles à la croissance économique à l'intérieur de l'Europe, à la pérennisation du tissu industriel, ainsi qu'à la préservation des emplois. Une telle démarche demande une meilleure synergie entre la politique de la concurrence et les autres politiques communautaires, laquelle est désormais possible car le traité de Lisbonne a semble-t-il relativisé le primat du droit de la concurrence sur les autres corpus textuels.

957.La prise en compte par la politique de la concurrence des autres finalités poursuivies par le traité est intéressante car elle permet de relayer les préoccupations sous-tendant les patriotismes économiques nationaux, et même de peser en faveur de la structure de marché souhaitée. Une telle structure peut tendre vers l'émergence de champions européens. Cette dernière idée est intéressante à deux titres. Elle permet en effet aux activités stratégiques d'atteindre une taille transnationale les mettant à l'abri des convoitises étrangères, mais aussi d'appréhender les effets négatifs intra-européens des patriotismes économiques nationaux, car plus il y aura intégration des activités stratégiques, moins les États membres seront enclin à cloisonner les marchés. *AirbusGroup - ex EADS* - en est l'illustration.

958.À ce sujet, un auteur⁸⁶³ a pu évoquer les critiques dont la France a été l'objet lorsqu'elle a favorisé la Fusion *GDF/Suez* pour contrer l'OPA lancée par *Enel* sur *Suez*. L'auteur admettait

⁸⁶³ Suzanne Nies et al., (entretien), « *Vers un patriotisme économique à l'échelle européenne ? Une issue européenne au débat ? Le point sur le statut d'entreprise européenne* », RIS, février 2006, n° 62, p. 103 à 114.

à demi-mot qu'il était compréhensible que certains États membres soient réticents à voir passer leurs secteurs stratégiques sous le contrôle d'un autre État membre. Selon elle, de telles réticences pouvaient être justifiées par le "*difficile passage d'une logique d'Europe des États à celle d'Europe fédérale*". Partant de ce constat, l'auteur se demandait si la "*societas europaea*"⁸⁶⁴ ne constituait pas une passerelle entre les deux conceptions de l'Europe. Cette idée nous semble intéressante. En effet, un tel support juridique ne peut-il pas permettre le passage d'une logique nationale à une logique européenne contribuant ainsi la naissance de grands groupes européens ?

⁸⁶⁴ *European Compagny*, ou *Société Européenne* (SE).

BIBLIOGRAPHIE ET RÉFÉRENCES

BIBLIOGRAPHIQUES

I: Traités, ouvrages, encyclopédies

A : Traités et ouvrages généraux

B : Traités et ouvrages spécialisé

C: Thèses

D: Ouvrages collectifs, rapports et avis

1 : Ouvrages collectifs

1-1: Études mélanges et écrits consacrés à un auteur

2-2: Recueils, publications et autres ouvrages collectifs

3 : Rapports

4 : Avis

II: Articles de doctrine

III: Note sous décisions de justice, conclusions Avocat Général, commentaires de texte

A: Notes sous décisions de justice

1: Juridictions nationales

2: Juridictions européennes

C: Commentaires de textes

D: Conclusions Avocat général

IV: Sites Internet

I : TRAITÉ ET OURAGES

A: Traités et ouvrages généraux

Arcelin L.,

Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et communautaires, Didact Droit, PUR, 2^e éd. 2013.

Bernard S.,

Droit public économique, Lexis Nexis, Objectif Droit, 2013.

Blaise J-B.,

Droit des affaires, LGDJ, 7^e éd., 2013.

Blaselle R.,

Traité de droit européen de la concurrence, tomes 1 ; 2A, 2B et 3, Publisud, 202 à 2008.

Blumann C. et Dublois L.,

Droit institutionnel de l'Union européenne, Paris, Litec, 2013.

Brault D.

Politique et pratique du droit de la concurrence en France, LGDJ, 2004.

Carreau D.,

Droit international économique, Précis Dalloz, 5^e éd. 2013.

Charbit N.,

Le droit de la concurrence et le secteur public, Paris, L'Harmattan, 2002.

Charvériat A., Couret A., Zabala B., et Mercadal B.,

Sociétés commerciales, 2012, Mémento pratique Francis Lefebvre, 43^{eme} éd.

Chérot J.-Y.,

Droit public économique, Corpus Droit public, Économica, 4^e éd., 2010.

Clergerie J.-L., Gruber A., et Granbaud P.,

L'Union européenne, 9^e éd., Paris, Précis Dalloz, 2012.

Cliquennois M.,

Droit public économique, Universités Droit, Ellipses, 2001.

Colin F.,

L'essentiel du droit public économique, 2^e éd., Gualino coll. Carré Rouge, 2014.

Colson J. P. et Idoux P.,

Droit public économique, 7^e éd. LGDL coll. Manuels, 2014.

Combe E.,

Economie et politique de la concurrence, Dalloz, précis sciences économiques, 2014.

Condomines A.,

Droit français de la concurrence, guide pratique, Gualino, Lextenso éditions, 2014.

Coruble Ph. et autres auteurs,

Droit européen des affaires, Dunod, 1998.

Cozian M., Deboissy F., Viandier A.,

Droit des sociétés, LexisNexis, 27e éd. août 2014.

Craig P. et De Burca G.,

EU Law: Test, cases and materials, Oxford UP, 5^e éd, 2011.

Decocq A et Decocq G.,

Droit de la concurrence : Droit interne et droit de l'Union européenne, LGDJ, 6^e éd., 2014.

Delion A.,

Le droit des entreprises et participations publiques, LGDJ 2003

Doutriaux Y. et Lequesne C.,

Les institutions de l'Union européenne après la crise de l'Euro, La documentation française, coll. Réflexe Europe, Paris, 9^e éd. 2013.

Du Marais B.,

Droit public de la régulation économique, Amphi, Presses des Sciences politiques et Dalloz, 2004.

Dubois L., et Blumann C.,

Droit matériel de l'Union européenne, Montchrestien, Paris, 6e éd. 2012.

Druesne G.,

Droit matériel et politiques de la Communauté et de l'Union, PF, 5^e éd. 1999.

Dutheil De La Rochère J.,

- *Droit matériel de l'Union européenne*, Hachette, 2006.
- *Introduction au droit de l'Union européenne*, Hachette Education, coll. Fondamentaux, 2010.

Farjat G.,

Pour un droit économique, Les voies de droit, PUF 2004.

Frison-Roche M.-A. et Payet M.-S.,

Droit de la concurrence, Précis Dalloz, 2006.

Frison-Roche M.-A. et Bonfils S.,

Les grandes questions du droit économique, Introduction et documents, Quadriga, PUF 2005.

Gaillard E., Carreau D. et Lee W L.,

Le marché unique européen, Pedonne, 2^e éd. 1991.

Gautron J.-Cl.,

Droit européen, Mémentos Dalloz, 14 e éd. 2012.

Gavalda C. et parléani G.,

Droit des affaires de l'Union européenne, Litec, 2010.

Grynfogel C.,

Droit communautaire de la concurrence, LGDJ, coll. Systèmes, 3^e éd. 2008.

Guedj A.,

Pratique du droit de la concurrence national et communautaire, lexisNexis Litec, coll. Affaires Finances, 2^e éd. 2006.

Issac G. et Blanquet M.,

Droit général de l'Union européenne, Sirey, coll. Université, 10^e éd. 2012.

Jacqué J.-P.,

Droit institutionnel de l'Union européenne, Dalloz, coll. Cours, 7^e 2012.

Kerninon J.,

- *Les cadres juridiques de l'économie mixte*, LGDJ coll. Systèmes, 2^e éd. 1994.
- *Droit public économique*, AES, Montchrestien, 1999.

Kipiani K.,

Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles : Analyse des droits français, européen et américain, t. 132 LGDL coll. Thèses, 2014.

Lamy droit du financement éd. 2014.

Le Mire P.,

Droit de l'Union européenne et politiques communes, Dalloz, 2005.

Linotte D. et Graboy-Grobescio A.,

Droit public économique, Mémentos Dalloz, 6^e éd. 2006.

Lucas De Layssac C. et Parléani G.,

Le droit du marché, PUF, 2001.

Malaurie-Vignal M.,

Droit de la concurrence interne et communautaire, 6^e éd. Dalloz-Sirey, 2014.

Molinier J. et De Grove-Valdeyron N.,

Droit du marché intérieur européen, LGDJ, coll. "Systèmes", 3e éd.2011.

Nicinski S.,

- *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2012.
- *Droit public de la concurrence*, LGDJ, coll. Systèmes, 2005.
- *Droit public des affaires*, 4^e éd. LGDJ, Précis Domat 2014

Nicolas-Vuillierme L.,

Droit de la concurrence, 2^e éd., Vuibert, coll. Dyna'sup 2011.

Pironon V.,

Droit de la concurrence, Lextenso, Gualino, 2009.

Poillot- Peruzzeto V. et Luby M.,

Le droit communautaire appliqué à l'entreprise, Dalloz, 1998.

Petit N.,

Droit européen de la concurrence, LGDJ, Précis Domat, 2013.

Ripert G. et Roblot R.,

Traité de droit des affaires, t. 1, Du droit commercial au droit économique, par L. Vogel, LGDJ, 19^e éd., 2010.

Schapira J., Le Tallec G., Blaise J.-B. et L. Idot,

Droit européen des affaires, PUF, 5^e, 1999.

Souty F.,

Le droit et la politique de la concurrence de l'Union européenne, Montchrestien, 4^e éd., 2013.

Tercinet A.,

Droit européen de la concurrence, Montchrestien, 2000.

Valette J.-P.

Droit public économique, Hachette, 2009.

Vogel L.

- *Droit français de la concurrence*, LawLex, 2009.
- *Droit européen de la concurrence*, LawLex, 2010.
- *Droit de la concurrence européen et français, Traité de droit économique*, LawLex, 2011.

Wish R.,

Competition Law, Oxford UP, 2012.

B: Traités et ouvrages spécialisés

Albert S., et Buisson C.,

Entreprises publiques. Le rôle de l'État actionnaire, La documentation française 2002.

Belin D.,

Contrôle des concentrations, éd. de l'Université de Bruxelles, 2009.

Boulangier E.,

Théorie du nationalisme économique, l'Economie politique mars 2006, n°31.

Cartier-Bresson A.,

L'État actionnaire, LGDJ 2010.

Communier J-M.,

Le droit communautaire des aides d'État, LGDJ, coll. Systèmes, 2000.

De Cordt Y.,

L'égalité entre actionnaires, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruylant, novembre 2004.

Delbecque E.,

Quel patriotisme économique?, quadriges Essais débats, PUF janvier 2008.

Dezobry,

La théorie des facilités essentielles: essentialité en droit communautaire de la concurrence LGDJ, Lextenso Editions, Bibliothèque de Droit International et Communautaire, 2009.

Dony M., avec la collaboration de Renard F., et Smits C.,

Contrôle des aides d'État, Commentaire J. Mégret, tom. 3, 3^e éd. mise à jour, 2007, éd. ULB.

Dony M., et Smits C., (sous la direction de),

"*Aides d'État*", 2005, éd. ULB.

Ferrier D. et Ferre D.,

Droit du contrôle national des concentrations, Dalloz, coll. References, 2004.

Horn L.,

Regulating Corporate Governance in the EU: Towards a marketization of Corporate Control, Palgrave Macmillan, 2012, Chapter 5, p106-108.

Keppenne J.-P.,

Guide des aides d'État en droit communautaire, 1999, Bruylant.

Lenoir L.,

La Societas Europaea ou SE : pour une citoyenneté européenne de l'entreprise, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la justice, La documentation française, coll. Des rapports officiels, 2007.

Malaurie-Vignal M.,

L'abus de position dominante, LGDJ, coll. Systèmes, 2003.

Mignon-Colombet A.,

L'exécution forcée en droit des sociétés", Economica, 2004.

Robin-Olivier S.,

Le principe d'égalité en droit communautaire, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999.

Vallindas G.,

Essai sur la rationalité du droit communautaire des concentrations, Bruylant, coll. Travaux du Ceric, 2009.

Vogel L.

- *Droit des ententes et abus de domination*, LawLex, 2009.
- *Contrôle des concentrations*, LawLex, 2009.
- *Droit européen des ententes et abus de position dominante*, LawLex, 2010.
- *Contrôle européen des concentrations*, LawLex, 2010.

C:Thèses

Arcelin L.,

L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire, Montpellier I, 2001. ; Litec, Coll. Bibliothèque du droit de l'entreprise, 2003.

Cheron A.,

De l'actionariat des collectivités publiques, Paris, 1929.

Jolly P.,

Des conditions dans lesquelles l'État, les départements, les communes et les établissements publics peuvent jouer le rôle d'actionnaire, de fondateurs, d'administrateurs dans les sociétés anonymes, Paris. ; Recueil Sirey 1928.

Lapie P.,

L'État actionnaire, Paris, 1925.

Marchand E.,

Le droit antitrust chinois sur le modèle du droit de l'Union Européenne, entre petites incohérences et grandes difficultés, La Rochelle 2013.

Siaterli C.,

La notion d'aide d'État au sens de l'article 87 § 1 CE, 2001, thèse, Strasbourg.

Sibony L.,

Le juge et le raisonnement économique en droit français et communautaire, Paris-Dauphine. ; LGDJ, coll. Droit et Economie, 2008.

D : Ouvrages collectifs, rapports et avis

1 : Ouvrages collectifs

1-1 : Études mélanges et écrits consacrés à un auteur

Caussain J-J.,

Des fusions transfrontalières dans l'Union européenne, in Mélanges AEDBF- France II, 1999, RBE, p. 113.

Berlin D.,

Le contrôle des aides d'État, in Au carrefour des droits, Mélanges L. Dubouis, 2002, p. 251-292, Dalloz.

Béguin J.,

La difficile harmonisation européenne du droit des fusions transfrontalières, in *Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, 2001, Dalloz, p. 21 s. ;

Le Nabasque H.,

Le droit européen des sociétés et les opérations transfrontalières, in *Le droit de l'entreprise dans ses relations extérieures à la fin du xxe siècle*, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, 1997, Dalloz, p. 417 suiv.

1-2 : Recueils, publications et autres ouvrages collectifs

Herzog p. (dir),

A la recherche de l'intérêt européen, collection l'Europe après l'Europe (Confrontations Europe), éd Le manuscrit 2008.

Malecki C.,

Le remaniement du régime des clauses d'agrément par l'ordonnance no 2004-604 du 24 juin 2004", Recueil Dalloz 2004, p. 2775.

2 : Rapports

APE,

Rapport 2013 sur l'Etat actionnaire.

Arif K.,

Rapport n° 2010/2203(INI), adopté par la Commission du Commerce International sur la future politique européenne en matière d'investissements internationaux.

BPI- Groupe,

- *Rapport Annuel BPI-Groupe 2013*, <http://www.bpifrance.fr/Bpifrance/Notre-mission>, rubrique Documentation.
- *Rapport annuel 2013, BPI France Financement*, <http://www.bpifrance.fr/Bpifrance/Notre-mission>, rubrique Documentation.

Carayon B.,

Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale, La documentation française 2003.

Cohen-Tanugi L.,

Une stratégie européenne pour la mondialisation : rapport en vue de la Présidence française du Conseil de l'Union européenne, La documentation française, 2008.

Commissariat général au Plan.,

Intelligence économique et Stratégie des entreprises, travaux du groupe présidé par Henri Martre,
La documentation française 1994.

Commission,

Rapport au Parlement Européen, au Conseil, Au Comité économique et Social Européen et au comité des régions sur l'application de la directive 2004/25/CE concernant les offres publiques d'acquisition, 26 juin 2012, COM(2012) 347 final.

Demarolle A. et Johanet H.,

Rapport sur les fonds souverains, La documentation française 2008.

FSI.,

Orientations du Fonds stratégique d'investissement.

Groupe de travail présidé par Bernard Field, membre du Collège de l'AMF,

Rapport sur les déclarations de franchissement de seuil de participation et les déclarations d'intention, octobre 2008.

Haut Conseil du Secteur Public,

Rapport de 1998.

Jacob Y. et Guillon S.,

En finir avec la mondialisation déloyale !: La réciprocité des efforts, la convergence des règles et l'équité des pratiques, conditions d'une relation commerciale plus équilibrée entre l'Union européenne et ses partenaires, La documentation française 2012.

Lambert J. et Armand Martin P.,

Les investissements extracommunautaires et le contrôle des intérêts stratégiques européen, La documentation française 2014.

Le Grand J.-F. et Ries R.,

Rapport d'information n°351 (2006-2007) fait au nom de la commission des affaires économiques sur la situation d'EADS et ses perspectives d'évolution.

Monti M.,

Une nouvelle stratégie pour le marché unique - Au service de l'économie et de la société européenne, Rapport au président de la Commission J. Barroso, 9 mai 2010.

3 : Avis

Conseil d'Etat,

Avis n° 367/729 du 27 juin 2002, EDCE 2002-2003, n° 54, p. 218.

CJCE,

- Avis du 4 octobre 1979, rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, deuxième alinéa, TCEE, *Accord international sur le caoutchouc naturel*, Rec., 1979 page 02871.
- Avis du 15 novembre 1994, *OMC*, Rec., 1994, I, p. 5267.

II: Articles de doctrine

Abbamonte G. B.,

Market economy investor principle: A legal analysis of an economic problem, European Competition Law Review (ECLR), 1996 avril, p. 258-259.

Arcelin L.,

L'entreprise en difficulté face au droit de la concurrence, RLC janvier 2005, p.159.

Arcelin Lécuyer L.,

- *Paris limités, paris maîtrisés, paris régulés... mais paris libérés !*, JCP E 2010, 1525.
- *Droits bulgare et roumain de la concurrence : l'intégration des acquis communautaires :*
RLC décembre 2007, p. 130.

Arhel P.,

- *Transparence tarifaire et pratiques restrictives*, Dalloz, Répertoire de droit commercial janvier 2012 (dernière mise à jour juin 2014).
- *Concentration*, Dalloz, Répertoire de droit des sociétés.

Artz J.-F.,

Action, Dalloz, Répertoire de droit des sociétés, juin 2002 (mise à jour : juin 2014).

Association Nationale des Sociétés par Actions,

Dividende majoré : quelques précisions, Bulletin de l'Association Nationale des Sociétés par Actions, 1^{er} juillet 2012, n° 3, p. 1-2.

Bazex M.,

- *L'appréhension des services publics par le droit communautaire*, RFDA 1995, p. 295 et suiv.
- *Entre concurrence et régulation, la théorie des "facilités essentielles"*, Rev. conc. consom. 2000, n°119, p. 37.

Berlin D.,

Chronique de jurisprudence fiscale européenne, RTDeur. 2006, p.329.

Berrod F.,

Aides (notion), Dalloz, Répertoire de droit européen.

Bertrel J.-P.,

Liberté contractuelle et sociétés, RTDcom. 1996, p. 595.

Blaise J-B.,

Ententes, Dalloz, Répertoire de droit européen, 2003, dernière mise à jour 2014.

Blaise J.B., et Idot L.,

Chronique de droit communautaire de la concurrence, RTDeur 1995, p. 859.

Blin O.,

Capitaux, Dalloz, Répertoire de droit européen.

Bosco D.,

- *Nouvelle communication sur la compétence de la Commission en matière de concentrations*, CCC 2007, n° 8-9.
- *Abus de position dominante*, Dalloz, Répertoire de droit européen, 2012, mise à jour 2014.

Bosserelle E.,

La guerre économique, forme moderne de la guerre ?, Revue française de Socio-Economie, février 2011, n° 8, p. 167-186.

Bouère J.-P.,

Quelques remarques sur les clauses de préemption statutaires réservées à une catégorie déterminée d'actionnaires, Bulletin Joly 1992, p.376.

Boulangier E.,

Théorie du nationalisme économique, l'Economie politique mars 2006, n°31, p. 82-95.

Bouthinon-Dumas H. et Sotiropoulou A.,

Pour quelles raisons les privilèges des actionnaires publics fondés sur le droit des sociétés entravent-ils la liberté de circulation des capitaux ? - Analyse critique de la jurisprudence de la CJCE sur les golden shares de seconde génération, RDBF n° 3, Mai 2009, étude 21.

Buendia Serria J-L.,

Exclusive Rights and State Monopolies under E.C.Law, Oxford UP, 1999.

Carreau D. et Letréguilly H.,

Offres publiques (OPA, OPE, OPR), Dalloz, Répertoire de droit commercial juin 2012 (dernière mise à jour juin 2014).

Cartier-Bresson A.,

Actionnariat, Jurisclasseur Administratif, fasc. 161, juillet 2010.

Cathiard C. et Poirier A-S.,

Fusion transfrontalière, Dalloz, Répertoire de droit des sociétés.

Ceyssens,

Towards a Common Foreign Investment Policy? Foreign Investment in the European Commission, 32 *Legal Issues of Economic Integration* (2005) 259-274.

Chartier Y.,

Les clauses de préférence et de préemption en cas de cession à des tiers, in *La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, RJ com. nov. 1990, n° spéc., p. 77.

Conchon H.,

Les clauses d'inaliénabilité : l'intérêt légitime à l'épreuve du temps, LPA 15 avril 2002, p. 6.

Cornette de Saint-Cyr A. S. et Rault O.,

Aspects juridiques et sociaux des opérations de fusions au sein de l'Union européenne, JCP E 10 avril 2008, p. 34.

Daigre J-J., Bompont D., et Badevant F.,

Les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées, Actes pratiques, juillet-août 2002.

De Grove-Valdeyron N.,

Établissement, Dalloz, Répertoire de droit européen.

Demarolle A.,

Fonds souverains : quelle stratégie pour la France ?, Revue d'économie financière, 2009, volume 9, numéro hors série.

Dimopoulos,

The Common Commercial Policy After the Lisbon Treaty: Establishing Parallelism Between Internal and External Economic Relations?, 4 *Croatian Yrbk European L and Policy* (2008), p.101.

Dintilhac F.,

Rapprochement des législations, Dalloz, Répertoire de droit européen.

Doherty B.,

Just what are essential facilities?, *Common Market Law Review*, 2001, n° 38, p. 397.

Dollat P.,

Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans l'Union européenne, *JTDE* 2002, p. 57.

Dom J.-P.,

L'attribution gratuite d'actions, *Revue sociétés* 2006, p.31.

Doublet J.-M.,

Double discours et "patriotisme économique", *Revue française de gestion*, mars 2006, n° 162, p. 7-8.

Dutheil de la Rochère J.,

L'ère des compétences partagées; À propos de l'étendue des compétences extérieures de la Communauté Européenne", *RMCUE* août 1995, n° 390, p. 461-470.

Dyevre A.,

La prise en considération de critères "extraconcurrentiels" dans le droit communautaire de la concurrence, Revue internationale de droit économique, avril 2004, t. XXI, 4, p. 415-440.

Fréneaux L.,

L'efficacité du recours aux engagements en matière de contrôle des concentrations, Revue internationale de droit économique, janvier 2007, t. XXI, 1, p. 43-67.

Furse M.,

The Essential facilities doctrine in community law, European Competition Law Review, 1995, issue 8, p. 469.

Gautier Y.

Ordre public, Dalloz, Répertoire de droit européen, août 2004, dernière mise à jour mars 2014.

Geradin D.,

The Perils of Antitrust Proliferation - The Process of 'Decentralized Globalization' and the Risks of Over-Regulation of Competitive Behaviour, 2009, october, Chicago Journal of International Law, p. 189.

Gerkath. J.,

Égalité de traitement. Dalloz, Répertoire de droit européen.

Guegen S., Ramon O., Raynouard A.,

Déclaration de franchissement de seuil et contrats d'equity swap : éléments de réflexion sur les évolutions en droit interne et communautaire, Bulletin Joly Bourse et produits financiers, septembre 2013, n° 9, p. 439-446.

Guzman A.,

International Antitrust and the WTO: The Lesson from Intellectual Property, Bekerley Program in Law and Economics, Working Paper n° 36, 2000, p. 16.

Hamoniaux T.,

L'autorité publique nationale : entre souveraineté d'État et intégration communautaire, Petites affiches 27 février 2002, n° 42, P. 6.

Hecquard-Theron P.,

La notion d'État en droit communautaire, RTDeur 1990, p. 693-711.

Heineman A.,

La nécessité d'un droit mondial de la concurrence, Revue Internationale de Droit Economique mars 2003, p. 296.

Huglo J-G.,

Droit d'établissement et libre prestation de services, RTDeur. 2000, p.727.

Idot L. et Momege C.,

- *Faut-il réviser le règlement sur le contrôle des concentrations ?* Brefs propos sur l'affaire de Havilland, Revue Europe, janvier 1992, p. 5.
- *Brefs propos sur le "patriotisme économique"*, Revue Europe, avril 2006, p. 1.

Jeammaud A.,

Du principe d'égalité de traitement des salariés, Dr. soc. 2004, n° 7/8, p. 694.

Jeantin M.,

Les clauses de préemption statutaires entre actionnaires, JCP E 1991, p.158.

Jenny F.,

Competition Law and policy: Global Governance Issues", World Competition, 2003, 26 April.

Karpenschif M.,

L'investisseur privé en économie de marché, Revue des droits de la concurrence 2001, n° 3.

Karydis G.,

- *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu à variable,* RTDeur. 2002, p. 1
- *Le principe de l'"opérateur économique privé", critère de qualification des mesures étatiques, en tant qu'aides d'Etat, au sens de l'article 87 § 1 du Traité CE,* RTDeur. 2003, p. 389.

Kovar, R.,

- *Le patriotisme économique à l'épreuve du communautaire,* Journal de droit européen, novembre 2009, n° 163, 17e année.
- *Les actions spécifiques : état de la jurisprudence de la Cour de justice,* Europe 2008, chron. 7.
- *Les prises de participation publiques et le régime communautaire des aides d'Etat,* RTDcom. 1992, p. 109.
- *Droit des pratiques anticoncurrentielles,* RTDeur. 2011, p. 494.
- *"La peau de chagrin" ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics,* Revue Europe, juillet 1992.

Krajewiki M.,

External Trade Law and the Constitution Treaty: Towards a Federal and More Democratic Common Commercial Policy? 42 *CML Rev* (2005) 91, at 100–102.

Ladoux L.,

Rachat par une entreprise de ses propres titres : quel encadrement juridique et fiscal ?, Les Nouvelles Fiscales, décembre 2011, n° 1079, p. 19-22

Lasserre Capdeville J.,

La banque publique d'investissement : présentation générale, Bulletin joly Bourse, 1^{er} février 2013, n°2, p. 68.

Le Blanc G.,

Des entreprises en Europe ou des entreprises européennes ? Les politiques industrielles, de la concurrence et de l'innovation de l'Union européenne face à la mondialisation, Revue internationale et stratégique, février 2006, n° 62, p. 93-102.

Leczykiewicz,

Common Commercial Policy: The Expanding Competence of the European Union in the Area of International Trade", 6 *German LJ* (2005), p. 1673 at 1678.

Lemaire C.,

La place du droit de la concurrence dans le futur ordre juridique communautaire, Colloque Bruxelles, 8 novembre 2007, Revue des droits de Concurrences 1- 2008, p. 16 et suiv.

Le Nabasque H.,

- *La mort-annoncée-des equity swaps ?*, Revue droit des sociétés, janvier 2012, n° 1, p. 3.
- *Agrément de cessions d'actions et exclusion d'actionnaire*, RJDA mars 1995, p. 200

Nies S. et al., "Entretien",

Revue internationale et stratégique, février 2006, n° 62, p. 103-114.

Lombard M.,

- *Le droit public économique face à la crise*, RFDA 2010, p. 764.
- *Le champion national, entre perspective de science politique et analyse juridique*, Ateliers de la concurrence (Ministère de l'Économie des Finances et de l'emploi), avril 2005.

Lübking J.,

Acquisitions de participations minoritaires – une lacune des règles européennes sur les concentrations ?, RLC juillet 2012, n° 32, p. 8-10.

Luby M.,

Impromptu sur la directive n° 2005/56/CE sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, Droit des sociétés, juin 2006, p. 5.

Mary J.-C.,

Les actions nominatives à dividende majoré: Considérations techniques, LPA, octobre 2013, n° 121, p. 6-10.

Martin D.,

Égalité, égalité de traitement et discrimination en droit communautaire : 1+1+1= 3 ... ou 1 ? RJS, décembre 2008, p. 947.

Martin D., et Fallon M.,

Dessine-moi une discrimination, JDE 2010, p. 165.

Mazet G.,

Les clauses statutaires d'agrément, in La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions, RJ com. novembre 1990, n° spéc., p. 67.

Michel V.,

Les compétences externes implicites : continuité jurisprudentielle et clarification méthodologique, Revue Europe novembre 2006, n° 10, p. 4-8.

Moavero Milanesi E. et Winterstein A.,

Minority Shareholding, Interlocking Directorships and The EC Competition Rules, Competition Policy Newsletter, février 2002, n° 1, p. 15 et suiv.

Moizard N.,

L'actionnariat des salariés, Droit social 2014, p. 561.

Mola L.,

Which Role for the EU in the Development of International Investment Law?", Conférence inaugurale de la Société de Droit International Economique (Genève, juillet 2008).

Mortier R.,

- *L'inaliénabilité généralisée au service des sociétés*, Actes pratiques 2008, n°2, p. 1.
- *La nouvelle aire des clauses d'inaliénabilité*, JCP N 2008, p.1064.
- *Le rachat d'actions en mouvement*, Revue droit des sociétés, n° 4, p. 5-8.

Moury J.,

Des clauses restrictives de libre négociabilité des actions, RTDcom., spéc. n° 17, p. 187 et suiv.

Moussin V. C.,

Influence française et allemande dans la conception du règlement communautaire sur les concentrations, RMCUE, 1995, p. 396 et suiv.

Ohl D.,

Les bons d'offres : la fin des OPA hostiles ?, Bulletin Joly 1^{er} septembre 2006, n°5, p. 527.

Owen B et Zheng S.,

Antitrust in China: The problem of Incentive Compatibility, (2005)1 *Journal of Competition Law and Economics*, p. 123-48

Parléani G.,

Les pactes d'actionnaires, Revue sociétés 1991, p. 1.

Petite M., et Waelbroeck M.,

La place du droit de la concurrence dans le futur ordre juridique communautaire, Colloque Bruxelles, 8 novembre 2007, Revue des droits de Concurrences 1- 2008, p. 16 et suiv.

Perrotin F.,

- *Liberté de circulation ou liberté d'établissement*, Petites affiches 1^{er} février 2010, n° 22, P. 4.
- *Rachat par une société de ses propres titres, une nouvelle instruction clarificatrice*, LPA, novembre 2006, n° 225, p. 3-5.

Petel Ph.,

- *Les pactes visant à organiser le pouvoir dans la société*, in Les pactes extrastatutaires, JCP E, CDE 13 février 1992, suppl. n° 1, p. 58.
- Rapport de synthèse, in Les pactes extrastatutaires, JCP E, CDE 13 février 1992, suppl. n°1, p. 41.

Picod F.,

Libre circulation des capitaux et des moyens de paiement, JurisClasseur Europe Traité, fasc. 890.

Poillot-Peruzzetto S.,

- *Aides d'Etat*, RTDcom. 2003, p. 407.
- *Concentrations*, Dalloz, Répertoire de droit européen.

Poitrinal F.-D.,

L'exécution forcée en nature de promesse de cessions d'actions, Bulletin Joly 1995, p.27.

Portier P.,

La transposition de la Directive dans l'Union européenne : état des lieux huit mois après la date prévue, RLDA, n° 15, avril 2007, p. 78.

Prieto C.,

Liberté d'établissement et de prestation de services, RTDeur. 2007, p. 75.

Prum A.,

De nouvelles opportunités pour les fusions transeuropéennes de banques, RDBF mai 2005, p. 3.

Prunet F., et De Muizon G.,

Faut-il étendre le contrôle des concentrations aux prises de participations minoritaires ?, RLC
octobre 2012, n° 33, p. 82-84.

Résillot V.,

L'actionnariat individuel, CDE 1^{er} mars 2014, n° 2, p. 9-15.

Rideau J.,

Accords internationaux, Dalloz, Répertoire de droit européen, mars 2011 (dernière mise à jour :
janvier 2014).

Ruccia N.,

Forme et contenu des actions spécifiques dans les États membres de l'Union européenne, RAE
2001, n° 2, p. 403-420.

Salgado M.-B.,

Le régime des clauses de préemption dans les pactes d'actionnaires des sociétés anonymes, Dr.
sociétés mars 2003, p. 5.

Schmidt D. et Rontchevskyn.,

Action de concert, Dalloz, Répertoire de droit des sociétés, décembre 2012 (mise à jour : octobre
2013).

Serfati C.,

Quelques enjeux autour de la "notion nationalité" des firmes, Revue internationale et stratégique,
février 2006, n° 62, p. 79-82.

Sophie Schiller,

Pactes d'actionnaires, (Clauses statutaires et pactes extrastatutaires), Dalloz, Répertoire de droit des sociétés, février 2009 (dernière mise à jour : juin 2014).

Sibony A.-L.,

Le semestre européen au service du marché intérieur, RTDeur., 2014, p. 267.

Tayar D., et Giraud A.,

L'interprétation du critère de l'emploi de ressources d'État par la Cour de justice : le révélateur d'une lecture formaliste de l'article 87 du Traité CE ?, LPA 2005, n° 240, p. 4.

Theimer A.,

Les clauses d'agrément, JCP E 2005, p.1587.

Traversa E., et Navez E.-J.,

Droit fiscal européen, JTDE 2010, p.180.

Vanneaux M.-A.,

Indisponibilités et actionnariat public minoritaire, RLDA 2013/86, n° 4796.

Virassamy G.,

La guerre économique, une autre forme de guerre ? Entreprises et patriotisme économique, acte du colloque organisé le 30 septembre 2007, Université des Antilles et de la Guyane, L'Harmattan, 2008, p. 20.

Wenshua Shan et Sheng Zhang,

The Treaty of Lisbon: half way toward a common investment policy, European Journal on International Law, n° 21 (2010), p. 1049-1073.

Winckler A., et De Bure F.,

Quatre en un, et même davantage, RLC janvier 2007, n° 10.

III: Notes, observations sous décisions de justice, conclusions Avocat Général, commentaires de texte

A: Notes et observations sous décisions de justice

1: Juridictions nationales

Bazex M.,

Le régime juridique des prises de participation des pouvoirs publics dans le secteur privé, note sous Aut. Conc., décis. du 25 janvier 2011 n° 11-DCC-10, Droit administratif n° 8, août 2011.

Blum F.,

De Sacchi à Franzén en passant par la Crespelle : la jurisprudence récente de l'article 90, La Gazette du Palais, 11 juillet 1999, n° 192, p. 12-24.

Bousquet J.-C.,

- note sous TGI Angers, 20 mai 1986, Dalloz 1987, somm., p. 392.
- note sou TGI Dijon, 8 mars 1977, Dalloz 1977, p. 482.

Delvolvé P.,

note sous CE, 14 mars 1997, n° 119055, *Cie d'aménagement coteaux Gascogne*, RFDA 1997, p.349.

Faugérolas L.,

Cass. Com. 7 mars 1989, Aff. *Saigmag*, Revue sociétés 1989, p. 478.

Hamon L.,

note sous Cons. Const., 19 janvier 1984, déc. n° 83-167-DC, Dalloz, 1985, *IR*, p. 35.

Houin R.,

note sous Cass. comm. 12 mai 1975, RTDcom. 1976, p. 530.

Le Cannu P.,

note sous CA Paris, 14 mars 1990, aff. *la Cinq*, Bulletin Joly 1990, p. 325.

Pailler P.,

L'AMF condamne LVMH pour sa montée masquée au capital d'Hermès, note sous Autorité des Marchés Financiers, commission des sanctions, 25 juin 2013, LVMH Moët Hennessy-Louis Vuitton, JCP E Semaine Juridique (édition entreprise), septembre 2013, n° 37, p. 47-51.

2: Juridictions de l'Union européenne

Bazex M.,

Le régime juridique des prises de participation des personnes publiques dans le capital des entreprises, note sous TPIUE 3 mars 2010, aff. T-163/05, *Bundesverband Deutscher Banken EV*, Droit administratif n° 10, octobre 2010.

Frison-Roche M-A.,

Les conditions de validité de validité des Golden shares dans les entreprises publiques privatisées", commentaire sous CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/France*, Recueil Dalloz 2002, p. 2242.

Gazin F.,

- note sous CJUE, 8 novembre 2012, aff. C-244/11, *Commission c/ Grèce*, Revue Europe n° 1, janvier 2013.
- note sous, CJCE, 14 févr. 2008, aff. C-274/06, *Commission c/ Espagne*, Revue Europe n° 4, Avril 2008.

Idot I.,

- *Notion d'aide et affectation du commerce*, note sous Trib. UE, 18 janvier 2012, aff. T-422/07, *Djebel-SGPS*, Revue Europe n° 3, mars 2012.
- Note sous, Comm. Décis. n° 94/19 du 21 décembre 1993, JOCE, n° L 15, 18 janvier 1994, Revue Europe mars 1994, n° 115.
- *Abus de position dominante et octroi de droits exclusifs*, note sous, Trib. UE, 20 septembre 2012, aff. T-169/08, *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou* et Trib. UE, 20 septembre 2012, aff. T-421/09, *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou*, Revue Europe, n° 11, novembre 2012.
- *Concentrations : prise de position de la Cour sur l'interprétation de l'article 21, § 3 du règlement n° 4064/89*, note sous CJCE, 22 juin 2004, aff. C-42/01, *Portugal c/ Commission*, Revue Europe n° 8, août 2004, comm. n° 302.
- *Critères de l'opérateur privé en économie de marché*, note sous Trib. UE, 3 mars 2010, aff. T-163/05, *Bundesverband deutscher Banken* et Trib. UE, 3 mars 2010, aff. T-36/06, *Bundesverband deutscher Banken*, Revue Europe, mai 2010, n° 5.
- note sous Comm., Déc. n° 2002/344/CE du 23 octobre 2001, Europe 2002, Comm. 246.
- *Droits exclusifs et abus de position dominante (À propos de quelques développements récents)*, Petites affiches, 25 novembre 2005 n° 235, p. 5.

J. Berr C., Luby M., Prieto C., Huet A., Leclerc F.,

Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes,
Journal du droit international (Clunet) n° 2, Avril 2003, p.100021.

Jazottes G.,

Les prérogatives des Etats membres liées aux actions spécifiques (golden shares) doivent respecter les règles fondamentales du traité, note sous CJCE 4 juin 2002, *Commission c/ France, Commission c/ Portugal, Commission c/ Belgique,* RTDcom, 2003 p. 598.

Kovar R.,

Après l'arrêt Volkswagen du 23 octobre 2007, quelle liberté pour les Etats actionnaires ?, note sous CJCE, 23 octobre 2007, *Commission c/ Allemagne,* Revue des sociétés 2008, p. 868.

Mariatte F.,

Actions spécifiques ("golden shares") prohibées, note sous CJCE, 28 septembre 2006, *Aff. Jtes. C-282/04 et C-283/04, Commission c/ Pays-Bas,* Revue Europe, n° 11, novembre 2006, p. 14-15.

Mélin F.,

Régime de privatisation et restrictions à la liberté d'établissement, note sous CJUE, 8 novembre 2012, aff. C-244/11, *Commission c/ Grèce,* Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} février 2013 n° 2, p. 143.

Menjucp M.,

Golden Shares : la CJUE maintient le cap, note sous CJUE, 8 juillet 2010, aff. C-171/08, *Commission c/ Portugal,* Bulletin Joly sociétés, 1^{er} novembre 2010, n° 11, p. 907.

Mortier R.,

Les golden shares du Portugal dans Portugal Telecom portent atteinte à la libre circulation des capitaux, note sous CJCE, 8 juillet 2010, Aff. C-171/08, *Commission c/ Portugal*, Droit des sociétés, n° 11, novembre 2010.

Parleani G.,

Actions spécifiques: les entraves aux libertés de circulation doivent provenir des mesures imputables à un Etat membre et non au droit des sociétés", note sous CJCE 8 juillet 2010, *Commission c/ Portugal*, *Revue des sociétés* 2010, p. 514.

Poillot-Peruzetto S.,

note sous CJCE, 22 juin 2004, aff. C-42/01, *Portugal c/ Commission*, *Contrat-Concurrence-Consommation*, 2004, n° 161, p. 28,

Sibony A.-L., et Defossez A.,

Marché intérieur [Libre circulation des marchandises, des services, des capitaux et liberté d'établissement], RTDeur. 2010, p.633.

Traversa E.,

Chronique de droit fiscal communautaire, JTDE 2007, p. 170.

B: Conclusions Avocat général

La pergola A.,

Conclusions présentées le 6 octobre 1998 sur CJCE, aff. C-222/97, *Trummer et Mayer*, Rec., I. 1661.

Bot Y.,

Conclusions présentées le 8 juillet. 2008 sur CJCE, 10 février 2009, aff. C-110/05, *Commission c/ Italie*, Rec., I. 519.

Ruiz-Jarabo Colomer D.,

Conclusions présentées le 6 novembre 2008, sur CJCE, 26 mars 2009, aff. C-326/07, *Commission c/ Italie*, Rec., I.02291

Tesauro G.,

- Conclusions présentées le 16 décembre 1997 sur CJCE, aff. C-264/96, *Imperial Chemical Industries c/ Colmer*, Rec., I. 4695.
- Conclusions présentées le 10 novembre 1993, sur CJCE, aff. C-364/92, *Sat Fluggesellschaft*, Rec. p. I.43.

C: Commentaire de textes

Association Nationale des Sociétés par Actions (ANSA),

Transparence directive révisée et sa transposition, Bulletin ANSA, juin 2014, n° 3, p. 1-8.

Bonneau T.,

Modifications de la directive du 15 décembre 2004, RDBF janvier 2014, n° 1, p. 68-69.

D'Hoir P. et Beaufre S.,

*Loi Warsmann numéro 2012-387 du 22 mars et sociétés cotées (JO du 23 mars 2012), Option
Finance, mai 2012, n° 1172, p. 25-26.*

Glaser E., Lombard M., Nicinski S.,

Actualité du droit de la concurrence et de la régulation, ADJA, 2011, p. 1302.

IV: Sites internet

APE (Agence des participations de l'Etat)

<http://www.economie.gouv.fr/agence-participations-etat/Les-participations-publiques>

BPI Group,

<http://www.bpi-group.com/fr/index.php>

Airbus Group

<http://www.airbusgroup.com/int/en.html>

INDEX ALPHABETIQUE

(Les nombres renvoient aux paragraphes)

A

Abus automatique (théorie de l'): 293.

Acquisition de contrôle: voir fusion.

Action (spécifique):

- conjonctions avec les principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement: 349 à 431.
 - conjonctions avec les principes de la libre concurrence: 435 à 444.
 - justifications aux dispositions nationales instituant les actions spécifiques: 378 à 393.
 - test d'adéquation des dispositions nationales instituant les actions spécifiques: 399 à 411.
 - test nécessité des dispositions nationales instituant les actions spécifiques: 413 à 428.
- définition : 30.
- risques de contradictions avec les principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement:
 - sous l'angle de l'origine étatique: 57 et suiv.
 - sous l'angle du champ d'application matériel: 106 à 108.
 - sous l'angle du caractère restrictif: 130 à 191.
- risque de contradiction avec les principes de la libre concurrence (détournement de la compétence exclusive de la Commission en matière de contrôle des concentrations): 213 à 250.

Actionnaire:

- État:
 - actionnaire ordinaire: 513 à 526 et 542 à 635.
 - actionnaire spécial: 528 à 539 et 637 à 645.
- principe d'égalité (entre): 514 à 515.

Aides d'États :

- affectation de la concurrence et des échanges: 276 à 287.
- avantage économique: 272.
- origine étatique: 259 à 270.
- sélectivité: 273.

Affectation (du commerce entre États membres) : 201 à 202.

Articulation (entre les principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement): 110 et suiv.

- actions spécifiques: 117 à 122.
- matière fiscale: 112 à 115.

Autorité publique (notion): 367 à 371.

B

Bon d'offre: 599 à 600

C

Capitaux (principe de la libre circulation):

- champ d'application rationae materiae: 96 à 99.
- exceptions ou dérogations: 354 à 377
- historique: 50.

Cessibilité des titres (limitations à la libre):

- agrément (convention d'): 579 à 581.
- inaliénabilité (convention d'): 585 à 586.

- pertinence en période d'OPA: 587 à 590.
- préemption et préférence: (convention de): 582 à 584.

Chevalier blanc (technique du): 604.

Concentration (opération de):

- acquisition de contrôle: 221 à 236.
- dimension communautaire: 238 à 250
- fusion (notion):217
- notion (de concentration): 214 à 215.
- utilisation à des fins de protection contre les prises de contrôle: 611.

Compétences externes explicites (théorie des): 752 à 767.

Conservation (du contrôle social):

- procédés de droit commun:
 - action à droit de vote double: 614.
 - action de concert: 627 à 628.
 - action de préférence sans droit de vote: 615.
 - pacte d'actionnaires:618 à 620.
 - pertinence en période d'OPA: 622 à 625.
 - plafonnement des droits de vote: 616.
 - sanction du non respect: 629 à 635.
- Procédés de droit exorbitant: 637 à 645.

D

Dilution (du capital social): voir rachat d'actions propres et bon d'offre.

Droits exclusifs ou spéciaux:

- caractère abusif de l'octroi des droits exclusifs ou spéciaux:
 - selon la théorie de l'abus automatique: 301 à 316.

- selon la théorie des facilités essentielles: 318 à 321.

- effet cloisonnant des dispositions nationales octroyant les droits exclusifs ou spéciaux:324 à 333.
- légalité de l'octroi abusif des droits exclusifs ou spéciaux: 473 à 478.
- notion: 296 à 297.

E

EADS:

- droit de regard des États sur la gestion: 684 à 702.
- présentation: 649 à 656.
- préservation des actifs stratégiques et de la structure capitalistique: 658 à 682.

Entreprise:

- notion (d'entreprise en droit de la concurrence): 200.
- stratégique (définition): 13.

Établissement (principe du libre):

- champ d'application *rationae materiae*: 91 à 95.
- exceptions ou dérogations: 354 à 379.
- historique: 48 à 49.

Expropriation : 741 ; 765 à 766.

F

Facilités essentielles (théorie des): 293.

Fidélisation de l'actionnariat:

- distribution d'actions gratuites: 573; 575 à 576.
- majoration de dividende: 572 à 575 ; 576.
- paiement en actions: 574 ; 575 à 576.

Fonds stratégique d'investissement:

- légalité au regard du droit des aides d'État (respect du critère de l'investisseur privé en économie de marché): 458 à 471.
- risque de violation de la prohibition des aides d'État: 252 à 287.

I

Identification (de l'actionnariat):

- déclaration de franchissement de seuil: 557 à 570.
- titres nominatifs: 554 à 556.

Instruments financiers à dénouement monétaire : 562 à 570.

Intelligence (économique): 5

Investisseur privé en économie de marché (critère de l'): voir fonds stratégiques d'investissement.

M

Marché pertinent : 203 à 207.

N

Nationalisation: 501 à 504 ; 640.

O

Obligation de déclaration de franchissement de seuil): voir identification de l'actionnariat.

Opérateur économique privé (critère de l'): voir fonds stratégiques d'investissements.

Ordre public (notion) : 357 à 36.

P

Pacman (défense): 603.

Patriotisme (économique):

- européen
 - contrôle des investissements étrangers:
 - dans le cadre de la politique d'investissement commune: voir politique d'investissement commune et secteurs stratégiques.
 - dans le cadre du dispositif harmonisant les réglementations nationales sur les investissements étrangers: voir secteurs stratégiques.
 - dans le cadre du droit de la concurrence: 893 à 929.
 - notion: 714.
- national (notion): 8 et suiv.

Politique :

- concurrence (de la): 21 et suiv.
- conjoncturelle: 18
- économique (notion): 15
- industrielle: 21 et suiv.
- investissement commune (d'): 718 à 802.
 - champ matériel: 724 à 767.
 - notion: 718 à 719.
 - principe de réciprocité: 797 à 803.
 - principe de transparence: 804 à 807.
 - protection des secteurs stratégiques: voir secteurs stratégiques.
- structurelle: 19 et suiv.

Procédure de cession hors marché: 550.

R

Rachat (d'actions propres): 594 à 598.

Règlementation (financière avec l'étranger):

- conjonctions avec les principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement: 378 à 779.
- conjonction avec les principes de la libre concurrence: 435 à 444.
- risques de contradictions avec les principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement:
 - sous l'angle du champ d'application matériel: 101 à 105.
 - sous l'angle du caractère restrictif: 130 à 191.
- risque de contradiction avec les principes de la libre concurrence (détournement de la compétence exclusive de la Commission en matière de contrôle des concentrations): 213 à 250.

Restriction (notion de): 124 à 127.

S

Santé publique : 371 ; 781 à 786.

Secteurs (stratégiques): 788 à 824.

- définition:
 - dans le cadre de la politique d'investissement commune: 771 à 786.
 - dans le cadre du dispositif harmonisant les réglementations nationales sur le contrôle des investissements étrangers: 849 à 868.
- protection
 - dans le cadre de la politique d'investissement commune: 787 à 807.
 - dans le cadre du dispositif harmonisant les réglementations nationales sur le contrôle des investissements étrangers: 870 à 892.

Sécurité publique (notion): 365 à 370.

Société en commandite par actions (utilisation à des fins de protection contre les prises de contrôle): 607 à 610.

T

Traitement juste et équitable : 741 ; 765 à 766.

ANNEXES

I: PRINCIPES ET PRATIQUES GÉNÉRALEMENT ACCEPTÉS (PPGA) OU “PRINCIPES DE SANTIAGO”

Dans le but de promouvoir les "objectifs et la finalité" des Fonds souverains, les membres du groupe de travail des Fonds souverains (IWG) ont appliqué ou envisagent de mettre en œuvre, de leur plein gré, les principes et pratiques ci-après, tous subordonnés aux dispositifs, obligations et exigences de la loi et de la réglementation de chaque pays. Ce paragraphe fait partie intégrante des PPGA.

PPGA 1. Principe Le cadre légal des Fonds souverains doit être sain et promouvoir leur bon fonctionnement et la réalisation de(s) l'objectif(s) qui leur a (ont) été assigné(s).

GAPP 1.1 Principe subsidiaire Le cadre légal des Fonds souverains doit garantir la solidité de ces Fonds et de leurs transactions.

PPGA 1.2 Principe subsidiaire Les caractéristiques essentielles du fondement légal et de la structure des Fonds souverains, et des relations entre ces Fonds et les autres entités publiques doivent être rendues publiques.

PPGA 2. Principe La finalité de la politique du Fonds souverains doit être clairement définie et rendue publique.

PPGA 3. Principe [Lorsque les activités du Fonds souverains ont une forte incidence macroéconomique interne, ces activités doivent être étroitement coordonnées avec les autorités

budgétaires et monétaires locales, afin de veiller à la sa concordance avec la politique macroéconomique générale.]

PPGA 4. Principe [L'approche générale des opérations de financement, de retrait et de dépenses du Fonds souverains doit être soumise à des politiques, règles, procédures et dispositifs clairement établis et relevant du domaine public.]

PPGA 4.1 Principe subsidiaire La source de financement du Fonds souverains doit être rendue publique.

PPGA 4.2 Principe subsidiaire L'approche générale des retraits et des dépenses du Fonds souverains pour le compte de l'État doit être rendue publique.

PPGA 5. Principe Les données statistiques pertinentes du Fonds souverains doivent être communiquées en temps voulu à son propriétaire ou à toute autre entité désignée à cet effet, pour insertion en bonne et due forme dans les séries de données macroéconomiques.

PPGA 6. Principe Le cadre de gouvernance du Fonds souverains doit être sain et prévoir une distinction précise et effective des rôles et attributions qui favorise la responsabilisation et l'indépendance opérationnelle de la direction du Fonds souverains qui la rendent apte à poursuivre ses objectifs.

PPGA 7. Principe Le propriétaire doit fixer les objectifs du Fonds souverain, nommer les membres de son/ses organe(s) directeur(s) selon des procédures clairement définies et exercer la supervision des opérations du Fonds souverains.

PPGA 8. Principe L'(es) organe(s) directeur(s) doi(ven)t agir dans l'intérêt bien compris du Fonds souverain, avoir mandat explicite ainsi que les attributions et compétences nécessaires pour s'acquitter de ses/leurs fonctions.

PPGA 9. Principe La gestion opérationnelle des Fonds souverains doit consister à appliquer leur stratégie de manière indépendante et avec des attributions clairement définies.

PPGA 10. Principe Le cadre de responsabilisation des opérations du Fonds souverain doit être clairement établi dans les domaines relatifs à la législation, à la charte, à d'autres documents constitutifs ou à un accord de mise en gérance.

PPGA 11. Principe Un rapport annuel et les états financiers y afférents, relatifs aux opérations et à la performance du Fonds souverain doivent être établis en temps voulu et de façon régulière, conformément aux normes comptables internationales ou nationales reconnues.

PPGA 12. Principe Les opérations et les états financiers du Fonds souverain doivent faire régulièrement l'objet d'un audit annuel, conformément aux normes internationales ou nationales d'audit reconnues.

PPGA 13. Principe Des normes professionnelles et déontologiques claires doivent être établies et communiquées aux membres de(s) l'organe(s) directeur(s), de la direction et du personnel du Fonds souverain.

PPGA 14. Principe Les transactions avec des tiers aux fins de la gestion opérationnelle du Fonds souverain doivent reposer sur des considérations économiques et financières, et obéir à des règles et procédures précises.

PPGA 15. Principe Les opérations et activités du Fonds souverain dans un pays d'accueil doivent s'effectuer conformément à la réglementation en vigueur et aux obligations de communication de l'information financière de ce pays.

PPGA 16. Principe Le cadre de gouvernance et les objectifs, ainsi que le degré d'autonomie opérationnelle de la direction du Fonds souverain par rapport au propriétaire doivent être rendus publics.

PPGA 17. Principe L'information financière pertinente afférentes au Fonds souverain doit être rendue publique pour attester de son orientation économique et financière, afin de contribuer à la stabilité des marchés financiers internationaux et d'affermir la confiance dans les pays d'accueil.

PPGA 18. Principe La politique d'investissement du Fonds souverain doit être explicite et conforme aux objectifs, au niveau de tolérance du risque et à la stratégie d'investissement arrêtés par le propriétaire ou l'/les organe(s) directeur(s) et reposer sur des principes sains de gestion de portefeuille.

PPGA 18.1 Principe subsidiaire La politique d'investissement doit encadrer le degré d'exposition du Fonds souverain au risque et son éventuel recours aux effets de levier.

PPGA 18.2 Principe subsidiaire Sa politique d'investissement doit tenir compte du degré de recours à des gestionnaires de portefeuille internes et/ou externes, de la portée de ses activités et de ses compétences, ainsi que de la procédure de sélection et de suivi de la performance de ces gestionnaires.

PPGA 18.3 Principe subsidiaire La description de la politique d'investissement du Fonds souverain doit être rendue publique.

PPGA 19. Principe Les décisions d'investissement du Fonds souverain doivent viser à maximiser les rendements financiers corrigés des risques, conformément à sa politique d'investissement et sur la base de considérations économiques et financières.

PPGA 19.1 Principe subsidiaire Lorsque les décisions d'investissement sont asservies à d'autres considérations économiques et financières, celles-ci doivent être clairement énoncées dans la politique d'investissement et rendues publiques.

PPGA 19.2 Principe subsidiaire La gestion des actifs d'un Fonds souverain doit être conforme aux principes généraux d'une gestion d'actifs saine.

PPGA 20. Principe Le Fonds souverain ne doit pas rechercher ou mettre à profit des informations privilégiées ou une position dominante déloyale des entités publiques pour concurrencer les entités privées.

GAPP 21. Principe Les Fonds souverains considèrent les droits de propriété de leur propriétaire comme un élément fondamental de la valeur de leurs prises de participation. Tout Fonds souverain qui décide d'exercer son droit de propriété doit le faire de manière compatible avec sa politique d'investissement et de façon à protéger la valeur financière de ses placements. Le Fonds souverain doit rendre publique son approche générale de la sélection de titres d'entités cotés en bourse, notamment les facteurs clés qui guident l'exercice de son droit de propriété.

PPGA 22. Principe Le Fonds souverain doit être doté d'un cadre permettant d'identifier, d'évaluer et de gérer les risques inhérents à ses opérations.

PPGA 22.1 Principe subsidiaire Le cadre de gestion du risque doit comporter des systèmes fiables d'information et de communication de données financières d'actualité, qui permettent un suivi et une gestion appropriés des risques pertinents dans des limites et selon des paramètres acceptables, des mécanismes de contrôle et d'incitation, des codes de conduite, la planification de la continuité de l'activité et une fonction d'audit indépendante.

PPGA 22.2 Principe subsidiaire L'approche générale qui sous-tend la gestion du risque par le Fonds souverain doit être dans le domaine public.

PPGA 23. Principe La performance des actifs et des investissements (en termes absolus et relatifs par rapport à des repères, le cas échéant) du Fonds souverain doit être mesurée et communiquée au propriétaire suivant des principes ou normes clairement définis

PPGA 24. Principe Une procédure régulière de revue de la mise en œuvre des PPGA doit être effectuée par le Fonds souverain ou en son nom.

II- Articles 11 des directives n° 2009/72 et n° 2009/73

Article 11 de la directive n° 2009/72 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité

Certification concernant des pays tiers

1. Lorsque la certification est demandée par un propriétaire ou un gestionnaire de réseau de transport sur lesquels une ou plusieurs personnes d'un ou de plusieurs pays tiers exercent un contrôle, l'autorité de régulation en informe la Commission.

L'autorité de régulation notifie également sans délai à la Commission toute situation qui aurait pour effet qu'une ou plusieurs personnes d'un ou de plusieurs pays tiers acquièrent le contrôle d'un réseau de transport ou d'un gestionnaire de réseau de transport.

2. Le gestionnaire de réseau de transport notifie à l'autorité de régulation toute situation qui aurait pour effet qu'une ou plusieurs personnes d'un ou de plusieurs pays tiers acquièrent le contrôle du réseau de transport ou du gestionnaire de réseau de transport.

3. L'autorité de régulation adopte un projet de décision relative à la certification d'un gestionnaire de réseau de transport dans les quatre mois suivant la date de la notification à laquelle celui-ci a procédé. Elle refuse d'accorder la certification s'il n'a pas été démontré:

a) que l'entité concernée se conforme aux exigences prévues à l'article 9; et

b) à l'autorité de régulation ou à une autre autorité compétente désignée par l'État membre que l'octroi de la certification ne mettra pas en péril la sécurité de l'approvisionnement énergétique de l'État membre ou de la Communauté. Lorsqu'elle examine cette question, l'autorité de régulation ou l'autre autorité compétente ainsi désignée prend en considération:

- i) les droits et les obligations de la Communauté découlant du droit international à l'égard de ce pays tiers, y compris tout accord conclu avec un pays tiers ou plus auquel la Communauté est partie et qui traite de la question de la sécurité de l'approvisionnement énergétique;
- ii) les droits et les obligations de l'État membre à l'égard de ce pays tiers découlant d'accords conclus avec celui-ci, dans la mesure où ils sont conformes à la législation communautaire; et
- iii) d'autres faits particuliers et circonstances du cas d'espèce et le pays tiers concerné.

4. L'autorité de régulation notifie sans délai à la Commission la décision, ainsi que toutes les informations utiles s'y référant.

5. Les États membres prévoient qu'avant que l'autorité de régulation n'adopte une décision relative à la certification, celle-ci ou l'autorité compétente désignée, visée au paragraphe 3, point b), demande l'avis de la Commission pour savoir si:

- a) l'entité concernée se conforme aux exigences prévues à l'article 9; et
- b) l'octroi de la certification ne mettra pas en péril la sécurité de l'approvisionnement énergétique de la Communauté.

6. La Commission examine la demande visée au paragraphe 5 dès sa réception. Dans les deux mois suivant la réception de la demande, elle rend son avis à l'autorité de régulation nationale ou à l'autorité compétente désignée, si c'est cette dernière qui l'a formulée.

Pour l'établissement de son avis, la Commission peut demander l'opinion de l'agence, de l'État membre concerné et des parties intéressées. Dans le cas où la Commission fait une telle demande, le délai de deux mois est prolongé de deux mois supplémentaires.

Si la Commission ne rend pas d'avis durant la période visée aux premier et deuxième alinéas, elle est réputée ne pas avoir soulevé d'objections à l'encontre de la décision de l'autorité de régulation.

7. Lorsqu'elle apprécie si le contrôle exercé par une ou plusieurs personnes d'un ou de plusieurs pays tiers est de nature à mettre en péril la sécurité de l'approvisionnement énergétique de la Communauté, la Commission prend en considération:

a) les faits de l'espèce et le ou les pays tiers concernés; et

b) les droits et obligations de la Communauté découlant du droit international à l'égard de ce ou ces pays tiers, y compris un accord conclu avec un pays tiers ou plus auquel la Communauté est partie et qui traite de la question de la sécurité de l'approvisionnement énergétique.

8. L'autorité de régulation nationale dispose d'un délai de deux mois après l'expiration du délai visé au paragraphe 6 pour adopter sa décision définitive concernant la certification. Pour ce faire, l'autorité de régulation nationale tient le plus grand compte de l'avis de la Commission. En tout état de cause, l'État membre concerné a le droit de refuser d'octroyer la certification si cela met en péril la sécurité de son approvisionnement énergétique ou la sécurité de l'approvisionnement énergétique d'un autre État membre. Lorsque l'État membre a désigné une autre autorité compétente pour procéder à l'examen visé au paragraphe 3, point b), il peut exiger de l'autorité de régulation nationale qu'elle adopte sa décision définitive conformément à l'appréciation de ladite autorité compétente. La décision définitive de l'autorité de régulation nationale et l'avis de la Commission sont publiés ensemble. Lorsque la décision définitive diffère de l'avis de la Commission, l'État membre concerné fournit et publie avec la décision la motivation de cette décision.

9. Aucune disposition du présent article ne porte atteinte au droit des États membres d'exercer un contrôle légal au niveau national afin de protéger des intérêts légitimes en matière de sécurité publique, conformément au droit communautaire.

10. La Commission peut adopter des orientations détaillant la procédure à suivre pour l'application du présent article. Ces mesures, qui visent à modifier des éléments non essentiels de

la présente directive en la complétant, sont arrêtées en conformité avec la procédure de réglementation avec contrôle visée à l'article 46, paragraphe 2.

11. Le présent article, à l'exception du paragraphe 3, point a), s'applique également aux États membres qui font l'objet d'une dérogation en vertu de l'article 44.

**Article 11 de la directive n° 2009/73 concernant des règles communes pour le marché
intérieur du gaz naturel**

Certification concernant des pays tiers

1. Lorsque la certification est demandée par un propriétaire ou un gestionnaire de réseau de transport sur lesquels une ou plusieurs personnes d'un ou de plusieurs pays tiers exercent un contrôle, l'autorité de régulation en informe la Commission.

L'autorité de régulation notifie également sans délai à la Commission toute situation qui aurait pour effet qu'une ou plusieurs personnes d'un ou de plusieurs pays tiers acquièrent le contrôle d'un réseau de transport ou d'un gestionnaire de réseau de transport.

2. Le gestionnaire de réseau de transport notifie à l'autorité de régulation toute situation qui aurait pour effet qu'une ou plusieurs personnes d'un ou de plusieurs pays tiers acquièrent le contrôle du réseau de transport ou du gestionnaire de réseau de transport.

3. L'autorité de régulation adopte un projet de décision relative à la certification d'un gestionnaire de réseau de transport dans les quatre mois suivant la date de la notification à laquelle celui-ci a procédé. Elle refuse d'accorder la certification s'il n'a pas été démontré:

a) que l'entité concernée se conforme aux exigences prévues à l'article 9; et

b) à l'autorité de régulation ou à une autre autorité compétente désignée par l'État membre, que l'octroi de la certification ne mettra pas en péril la sécurité de l'approvisionnement énergétique

de l'État membre ou de la Communauté. Lorsqu'elle examine cette question, l'autorité de régulation ou l'autre autorité compétente ainsi désignée prend en considération:

- i) les droits et les obligations de la Communauté découlant du droit international à l'égard de ce pays tiers, y compris tout accord conclu avec un pays tiers ou plus auquel la Communauté est partie et qui traite de la question de la sécurité de l'approvisionnement énergétique;
- ii) les droits et les obligations de l'État membre à l'égard de ce pays tiers découlant d'accords conclus avec celui-ci, dans la mesure où ils sont conformes à la législation communautaire; et
- iii) d'autres faits particuliers et circonstances du cas d'espèce et le pays tiers concerné.

4. L'autorité de régulation notifie sans délai à la Commission la décision, ainsi que toutes les informations utiles s'y référant.

5. Les États membres prévoient qu'avant que l'autorité de régulation n'adopte une décision relative à la certification, celle-ci ou l'autorité compétente désignée, visée au paragraphe 3, point b), demande l'avis de la Commission pour savoir si:

- a) l'entité concernée se conforme aux exigences prévues à l'article 9; et
- b) l'octroi de la certification ne mettra pas en péril la sécurité de l'approvisionnement énergétique de la Communauté.

6. La Commission examine la demande visée au paragraphe 5 dès sa réception. Dans les deux mois suivant la réception de la demande, elle rend son avis à l'autorité de régulation nationale ou à l'autorité compétente désignée, si c'est cette dernière qui l'a formulée.

Pour l'établissement de son avis, la Commission peut demander l'opinion de l'agence, de l'État membre concerné et des parties intéressées. Dans le cas où la Commission fait une telle demande, le délai de deux mois est prolongé de deux mois supplémentaires.

Si la Commission ne rend pas d'avis durant la période visée aux premier et deuxième alinéas, elle est réputée ne pas avoir soulevé d'objections à l'encontre de la décision de l'autorité de régulation.

7. Lorsqu'elle apprécie si le contrôle exercé par une ou plusieurs personnes d'un ou de plusieurs pays tiers est de nature à mettre en péril la sécurité de l'approvisionnement énergétique de la Communauté, la Commission prend en considération:

a) les faits de l'espèce et le ou les pays tiers concernés; et

b) les droits et obligations de la Communauté découlant du droit international à l'égard de ce ou ces pays tiers, y compris un accord conclu avec un ou plusieurs pays tiers auquel la Communauté est partie et qui traite de la question de la sécurité de l'approvisionnement énergétique.

8. L'autorité de régulation nationale dispose d'un délai de deux mois après l'expiration du délai visé au paragraphe 6 pour arrêter sa décision définitive concernant la certification. Pour ce faire, l'autorité de régulation nationale tient le plus grand compte de l'avis de la Commission. En tout état de cause, l'État membre concerné a le droit de refuser d'octroyer la certification si cela met en péril la sécurité de son approvisionnement énergétique ou la sécurité de l'approvisionnement énergétique d'un autre État membre. Lorsque l'État membre a désigné une autre autorité compétente pour procéder à l'examen visé au paragraphe 3, point b), il peut exiger de l'autorité de régulation nationale qu'elle adopte sa décision définitive conformément à l'appréciation de ladite autorité compétente. La décision définitive de l'autorité de régulation et l'avis de la Commission sont publiés ensemble. Lorsque la décision définitive diffère de l'avis de la Commission, l'État membre concerné fournit et publie avec la décision la motivation de cette décision.

9. Aucune disposition du présent article ne porte atteinte au droit des États membres d'exercer un contrôle légal au niveau national afin de protéger des intérêts légitimes en matière de sécurité publique, conformément au droit communautaire.

10. La Commission peut adopter des lignes directrices détaillant la procédure à suivre pour l'application du présent article. Ces mesures, qui visent à modifier des éléments non essentiels de la présente directive en la complétant, sont arrêtées en conformité avec la procédure de réglementation avec contrôle visée à l'article 51, paragraphe 3.

11. Le présent article, à l'exception du paragraphe 3, point a), s'applique également aux États membres qui font l'objet d'une dérogation en vertu de l'article 49.

INTRODUCTION GÉNÉRALE	11
PARTIE I : PATRIOTISME ÉCONOMIQUE ET DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE : QUEL ENCADREMENT?	25
Titre I : Un Encadrement révélant des risques de contradictions	30
Chapitre I : Patriotisme économique et risque de violation de la prohibition des restrictions aux principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement	32
Section I : Identité de champ matériel et origine étatique des dispositifs de contrôle des investissements étrangers comme préalable à la violation des deux libertés	36
<i>Paragraphe 1 :</i> La nécessaire origine étatique des dispositifs de contrôle des investissements étrangers: une problématique propre aux actions spécifiques	37
A) L'origine étatique incontestable des actions spécifiques dites de " <i>première génération</i> "	38
B) L'origine étatique discutée des actions spécifiques dites de " <i>seconde génération</i> "	42
<i>Paragraphe 2 :</i> La nécessaire propension des dispositifs de contrôle des investissements étrangers à viser les opérations matérielles relevant des deux libertés	49
A) L'adéquation matérielle entre les dispositifs de contrôle des investissements étrangers et les deux libertés	50
1) Les opérations matérielles visées par les deux libertés	51
2) Les opérations matérielles visées par les dispositifs de contrôle des investissements étrangers.....	55
B) L'applicabilité de l'une ou l'autre liberté aux dispositifs de contrôle des investissements étrangers ..	62
1) Matière fiscale et articulation entre les deux libertés	62
2) Actions spécifiques et articulation entre les deux libertés: une hiérarchisation contestable	65
Section II : Caractère restrictif des dispositifs de contrôle des investissements étrangers comme confirmation de la violation des deux libertés	70
<i>Paragraphe 1 :</i> Un caractère restrictif résultant de la nature discriminatoire des dispositifs de contrôle des investissements étrangers.....	72
A) Le caractère restrictif des dispositifs de contrôle des investissements étrangers directement discriminatoires	72
1) Non-discrimination en raison de la nationalité, principes de la liberté d'établissement et de la libre circulation des capitaux	73
2) Non discrimination en raison de la nationalité et dispositifs de contrôle des investissements étrangers	77
B) Le caractère restrictif des dispositifs de contrôle des investissements indirectement discriminatoires	80
1) Notion de discrimination indirecte.....	80
2) L'application du principe d'interdiction des discriminations indirectes aux dispositifs de contrôle des investissements étrangers	83
<i>Paragraphe 2 :</i> Un caractère restrictif résultant du cloisonnement des marchés institué par les dispositifs de contrôle des investissements étrangers indistinctement applicables	85
A) Accès au marché comme critère unique d'appréciation du caractère restrictif des mesures nationales indistinctement applicables	85
1) consécration du critère de l'accès au marché.....	85
2) Des mesures nationales affectant directement ou indirectement l'accès au marché.....	87
B) Accès au marché et caractère restrictif des dispositifs de contrôle des investissements étrangers : une conception stricte visant à sanctionner les effets dissuasifs sur l'intérêt à investir	91
1) La caractérisation de la restriction au moyen d'une présomption d'effets négatifs sur l'intérêt à investir	93
2) La caractérisation de la restriction au moyen d'éléments théoriques et abstraits	95
CONCLUSION DE CHAPITRE	98

Chapitre II :	Patriotisme économique et risques de violation des principes posés par la libre concurrence ..	101
Section I :	Dispositifs de contrôle des investissements étrangers, prises de participations dans le capital des entreprises stratégiques et risques de violation du droit des concentrations et du droit des aides d'État.....	107
<i>Paragraphe 1 :</i>	Le possible détournement de la compétence exclusive de la Commission en matière de contrôle des concentrations de taille communautaire	109
A)	Un détournement de compétence tiré de l'identité de champ matériel entre les dispositifs de contrôle des investissements étrangers et le règlement CE sur les concentrations	109
1)	Une identité de champ matériel d'application résultant du contrôle étatique des fusions permis par les dispositifs de contrôle des investissements étrangers	111
2)	Une identité de champ matériel résultant du droit de regard étatique sur les acquisitions de contrôle permis par les dispositifs de contrôle des investissements étrangers.....	113
B)	Un détournement de compétence subordonné à la dimension communautaire des opérations visées par les dispositifs de contrôle des investissements étrangers	120
1)	Un risque de détournement de compétence conditionné à des seuils exprimés en chiffre d'affaire ...	121
2)	Des seuils calculés en référence aux " <i>entreprises concernées</i> "	123
<i>Paragraphe 2 :</i>	La possible violation par " <i>l'État patriote</i> " de la prohibition des aides d'État	127
A)	Une violation résultant de l'adéquation entre les prises de participations effectuées par les fonds stratégiques d'investissement et les critères inhérents à l'aide d'État	128
1)	Des prises de participations devant être reconnues d'origine étatique.....	129
2)	Des prises de participations devant avoir un caractère sélectif et procurer un avantage économique à l'entreprise stratégique	135
B)	Une violation découlant de l'effet perturbateur des prises de participations sur la concurrence et sur les échanges entre États membres	137
1)	De quelques observations générales sur les conditions de l'affectation des échanges et de l'altération de la concurrence.....	138
2)	Un effet perturbateur sur le commerce et sur la concurrence inféré d'un possible cloisonnement des marchés nationaux	140
Section II :	L'octroi de droits exclusifs ou spéciaux dans un but protecteur	142
<i>Paragraphe 1 :</i>	Le caractère abusif de la mesure nationale octroyant les droits exclusifs ou spéciaux tel que ressortant des théories de l'abus automatique et des facilités essentielles	146
A)	Caractère abusif de la mesure octroyant les droits exclusifs ou spéciaux et théorie de l'abus automatique	147
B)	Caractère abusif des mesures nationales octroyant les droits exclusif et spéciaux et théorie des facilités essentielles	154
<i>Paragraphe 2 :</i>	L'effet cloisonnant des mesures nationales octroyant les droits exclusifs ou spéciaux de façon abusive	156
A)	Cloisonnement des marché nationaux et théorie de l'abus automatique.....	156
B)	Cloisonnement des marchés nationaux et théorie des facilités essentielles	158
	CONCLUSION DE CHAPITRE	160
	CONCLUSION DE TITRE.....	162
Titre II :	Un Encadrement n'excluant pas de possibles conjonctions.....	163
Chapitre I :	Conjonctions avec les principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement .	166
Section I :	Des conjonctions s'analysant en tempéraments aux principes de la libre circulation des capitaux et du libre établissement.....	168
<i>Paragraphe 1 :</i>	Des tempéraments prévus par le traité et admis par la jurisprudence	168
A)	Les exceptions ou dérogations prévues par le traité	169
1)	Les exceptions ou dérogations communes aux deux libertés	169
2)	Les exceptions ou dérogations propres à chaque liberté	171
B)	Les exceptions ou dérogations dégagées par le Jurisprudence	175

<i>Paragraphe 2</i> : La prise en compte des motifs justifiant l'adoption des dispositifs de contrôle des investissements étrangers.....	176
A) L'admission de principe des motifs liés à la sécurité nationale et à la continuité de la vie nationale	178
1) La prise en compte du motif de la sécurité nationale	178
2) La prise en compte du motif de la continuité de la vie nationale	179
B) La méfiance des autorités européennes à l'égard des motifs liés à la réalisation des objectifs de politique nationale	180
1) Le rejet systématique des motifs économiques de réalisation des objectifs de politique nationale ...	180
2) L'admission de principe des motifs non économiques de réalisation des objectifs de politique nationale	181
Section II : Des tempéraments devant être strictement mis en œuvre.....	183
<i>Paragraphe 1</i> : La nécessaire adéquation des dispositifs de contrôle des investissements aux motifs légitimes invoqués	184
A) De quelques Observations générales sur le test d'adéquation	185
B) L'application du test d'adéquation aux dispositifs de contrôle des investissements étrangers: cas des dispositions nationales instituant les actions spécifiques	187
<i>Paragraphe 2</i> : L'exigence de nécessité et de proportionnalité des dispositifs de contrôle des investissements étrangers.....	190
A) La recherche d'alternatives moins contraignantes	190
B) Le contrôle de l'exercice des pouvoirs conférés par la mesure nationale restrictive	193
CONCLUSION DE CHAPITRE	195
Chapitre II : Conjonctions avec les principes afférents à la libre concurrence	196
Section I : La légalité des dispositifs de contrôle des investissements étrangers au regard du droit des concentrations de l'Union européenne	197
<i>Paragraphe 1</i> : Une légalité soumise à certaines conditions et emportant certains effets	198
A) La condition afférente à la validité des dispositifs de contrôle des investissements étrangers : l'invocation de certains intérêts reconnus légitimes ou de tout autre intérêt	198
B) Les effets attachés à la légalité des dispositifs de contrôle des investissements étrangers	199
<i>Paragraphe 2</i> : Une légalité encadrée par la Commission.....	200
A) Le contrôle de la Commission quant aux intérêts légitimes <i>per se</i>	200
B) Le contrôle de la Commission quant aux autres intérêts publics susceptibles d'être invoqués	202
Section II : La légalité des prises de participations effectuées par les fonds stratégiques et de l'octroi des droits exclusifs ou spéciaux	205
<i>Paragraphe 1</i> : L'"investisseur privé en économie de marché" comme critère de validation des prises de participations protectrices des fonds stratégiques d'investissement.....	206
A) La mise en œuvre du critère de l'investisseur privé par les autorités de l'Union	208
B) Fonds stratégiques d'investissement et critère de l'investisseur privé : cas de la <i>BPI France investissement</i>	211
<i>Paragraphe 2</i> : La légalité de l'octroi abusif de droits exclusifs ou spéciaux	213
A) La condition d'affectation des échanges: une présomption fragilisant la tolérance de l'effet cloisonnant des mesures nationales octroyant abusivement les droits exclusifs ou spéciaux.....	215
B) La condition d'affectation des échanges: une clarification jurisprudentielle potentiellement profitable à la tolérance de l'effet cloisonnant des mesures nationales octroyant abusivement les droits exclusifs ou spéciaux.....	216
CONCLUSION DE CHAPITRE	218
CONCLUSION DE SECOND TITRE.....	219
CONCLUSION DE PARTIE.....	221

PARTIE II : PATRIOTISME ÉCONOMIQUE ET DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE: UN ENCADREMENT À REDÉFINIR?..... 224

Titre I : Les limites à l'opposition systématique aux patriotismes économiques nationaux.....227

Chapitre I :	Le renforcement des prérogatives de l'État au moyen du droit des sociétés.....	231
Section I :	Une faculté ouverte à l'État par son statut d'actionnaire.....	233
<i>Paragraphe 1 :</i>	Un statut de droit commun non contesté par le droit de l'Union européenne.....	234
A)	Le silence des autorités européennes quant au statut de droit commun de l'État actionnaire....	236
B)	L'admission doctrinale de l'État au statut d'actionnaire de droit commun.....	239
<i>Paragraphe 2 :</i>	Un statut d'actionnaire de droit exorbitant permis par l'absence de tracé de frontière entre État actionnaire et État puissance publique.....	240
A)	Distinction entre État actionnaire et État puissance publique: une problématique récente.....	241
B)	Distinction entre État actionnaire et État puissance publique: une problématique partiellement réglée en droit de l'Union européenne.....	242
Section II :	Une faculté ouvrant des perspectives à l'État.....	246
<i>Paragraphe 1 :</i>	Le recours aux mécanismes du droit commun des sociétés.....	246
A)	Droit commun des sociétés et stabilisation de l'actionnariat.....	249
1) La dissuasion à la cession des titres.....		250
a) L'identification et la fidélisation de l'actionnariat.....		250
b) Les tempéraments aux principes de libre négociabilité et de libre cessibilité des titres.....		258
2) La dissuasion à l'acquisition des titres.....		266
a) Les outils financiers.....		266
b) Les outils juridiques.....		272
B)	Droit commun des sociétés et conservation du contrôle social.....	275
1) Les facultés ouvertes à l'État actionnaire quant à la conservation du contrôle social.....		275
2) La pertinence, quant à l'objectif de défense d'une entreprise, des procédés permettant la conservation du contrôle social.....		278
<i>Paragraphe 2 :</i>	Le recours aux mécanismes dérogatoires du droit commun des sociétés: l'intervention de la puissance publique dans le contrat social.....	285
A)	État puissance publique et prise de contrôle d'une entreprise privée menacée de passage sous pavillon étranger.....	285
B)	État puissance publique et maintien d'influence dans une entreprise à capitaux publics.....	286
	CONCLUSION DE CHAPITRE.....	289
Chapitre II :	Le contrôle public d'EADS: une illustration du recours au droit des sociétés à des fins protectrices.....	290
Section I :	La préservation des actifs stratégiques et de la structure capitalistique d'EADS.....	297
<i>Paragraphe 1 :</i>	L'identification et le contingentement de l'actionnariat.....	297
A)	Les déclarations des participations.....	297
B)	Le seuil de cession obligatoire.....	299
<i>Paragraphe 2 :</i>	Les restrictions à la libre circulation des titres et la préservation des actifs stratégiques.....	301
A)	Les restrictions à la libre circulation des titres d'EADS.....	301
1) Les restrictions à la libre cessibilité des titres.....		302
2) Les restrictions à la libre acquisition des titres.....		306
B)	La préservation des actifs stratégiques.....	307
Section II :	Le droit de regard des États sur la gestion d'EADS.....	309
<i>Paragraphe 1 :</i>	Un droit de regard permis par un concert de contrôle.....	309
A)	Un concert de contrôle influant sur la composition des organes sociaux.....	309
B)	Un concert de contrôle influant sur les décisions prises par les organes sociaux.....	311
1) une influence découlant mécaniquement des droits de votes détenus par le concert de contrôle.....		311
2) Une influence découlant de la juxtaposition de pactes d'actionnaires au concert de contrôle : cas du droit de veto de l'État français.....		312

<i>Paragraphe 2 :</i> Un droit de regard inféré de prérogatives étatiques spécifiques d'origine contractuelles	314
A) Les prérogatives spécifiques de l'État français	314
B) Les prérogatives spécifiques de l'État allemand	315
CONCLUSION DE CHAPITRE	316
CONCLUSION DE TITRE.....	318
Titre II : Vers un patriotisme économique européen ?	319
Chapitre I : Politique d'investissement commune et contrôle des investissements en provenance des pays tiers	324
Section I : Une Politique d'investissement commune aux fondements générateurs d'incertitudes juridiques ..	325
<i>Paragraphe 1 :</i> Champ d'application matériel et portée de la compétence exclusive de l'Union : une formulation textuelle sujette à des acceptions variées	326
A) La problématique afférente à l'inclusion des investissements indirects	327
B) Les questions relatives à l'autonomie et aux aspects des investissements relevant de la compétence exclusive de l'Union	329
1) La problématique afférente à l'autonomie de la compétence exclusive de l'Union en matière d'investissements indirects étrangers	329
2) La problématique afférente aux aspects des investissements relevant de la compétence exclusive de l'Union	331
<i>Paragraphe 2 :</i> Acceptions afférentes au champ d'application matériel et à la portée de la compétence exclusive de l'Union: quelle pertinence?	336
A) La théorie des compétences externes implicites.....	338
1) La reconnaissance d'une compétence externe non explicitement consacrée	338
2) La question de l'exclusivité de la compétence externe non explicitement consacrée.....	340
B) Acception extensive de la compétence exclusive de l'Union et théorie des compétences externes implicites	342
Section II : Une politique nécessitant un équilibre entre ouverture aux investissements en provenance des pays tiers et protection des secteurs stratégiques	346
<i>Paragraphe 1 :</i> La qualification des secteurs stratégiques.....	347
A) Les enjeux afférents à la qualification des secteurs stratégiques.....	347
B) L'approche juridique des secteurs stratégiques	351
<i>Paragraphe 2 :</i> La réduction des asymétries prévalant dans l'appréhension des investissements afférents aux secteurs stratégiques.....	355
A) La protection des secteurs stratégiques	355
B) Le recours aux principes de réciprocité et de transparence	359
1) Le principe de réciprocité	359
2) La mise en place de principes garantissant la transparence, la prévisibilité et la justification des investissements.....	363
CONCLUSION DE CHAPITRE	366
Chapitre II : Vers un cadre autonome de contrôle des investissements en provenance des pays tiers.....	368
Section I : Contrôle exclusif par l'Union des investissements en provenance des pays tiers: une entreprise chimérique ?	371
<i>Paragraphe 1 :</i> Les débats autour de la création d'un dispositif de contrôle exclusif par l'Union des investissements en provenance des pays tiers.....	371
A) L'approche "maximaliste"	371
B) L'approche "minimaliste"	373
<i>Paragraphe 2 :</i> Les obstacles afférents à la création d'un dispositif de contrôle exclusif par l'Union des investissements en provenance des pays tiers.....	374
A) La position de la Commission européenne.....	375
B) Un dispositif de contrôle confronté à des obstacles juridiques	377

Section II : Le cadre juridique pertinent d'intervention de l'Union	383
<i>Paragraphe 1</i> : L'harmonisation des dispositifs nationaux disparates	385
A) La définition des secteurs stratégiques par l'harmonisation des dispositifs nationaux élargissant le spectre des secteurs juridiquement protégés	386
1) Le nécessaire dépassement de la définition juridique des secteurs stratégiques	386
2) La consécration du dépassement de la définition juridique des secteurs stratégiques.....	388
a) La base juridique : article 115 du TFUE ?	388
b) La mise en place du dispositif entérinant le dépassement de la définition juridique des secteurs stratégiques.....	390
B) La protection des secteurs stratégiques définis dans le cadre de cette harmonisation: une faculté circonscrite aux investissements en provenance des pays tiers	393
1) L'article 64 paragraphe 3 <i>juncto</i> les articles 115 et 352 du TFUE comme bases juridiques du dispositif protecteur.....	395
2) La mise en place du dispositif protecteur.....	400
a) L'institution du dispositif protecteur.....	400
b) La question des investisseurs établis dans l'Union mais sous contrôle étranger	403
c) L'articulation avec droit des concentrations	403
<i>Paragraphe 2</i> : Le possible recours au droit de la concurrence	405
A) La place du droit de la concurrence avant le traité de Lisbonne: un primat vassalisant les autres politiques communautaires.....	411
1) Un primat textuellement discutable... ..	411
2)...mais consacré par la jurisprudence	412
B) Le primat du droit de la concurrence après le traité de Lisbonne: une relativisation permettant la prise en compte des préoccupations sous-tendant les patriotismes économiques nationaux ?	415
1) La relativisation du primat du droit de la concurrence par le traité de Lisbonne	415
2) La prise en compte des préoccupations sous-tendant les patriotismes économiques nationaux	417
CONCLUSION DE CHAPITRE	424
CONCLUSION DE SECOND TITRE.....	426
CONCLUSION DE SECONDE PARTIE.....	428
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	429
BIBLIOGRAPHIE ET RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES	437
INDEX ALPHABETIQUE	476
ANNEXES	481