



Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
École de droit - Département des Études internationales,
européennes et comparatives UFR 07

Master 2 Globalisation et pluralisme juridique
dirigé par Monsieur le Professeur Pierre LEGRAND.

2011-2012

*L'admission des investissements étrangers.
Comparaison États-Unis/France.*

Alexis MILSTAJN

Sous la direction de Madame Pascale MARTIN-BIDOU

Séjour de recherche effectué à la Columbia University, New York, États-Unis.

Je souhaiterais adresser tous mes remerciements aux personnes qui m'ont apporté leur aide et qui ont contribué à l'élaboration de ce mémoire.

SOMMAIRE

Introduction.....	4
Titre préliminaire – le droit international de l’investissement.....	10
Titre premier – évolution des droits internes.....	16
A. Fondements des droits.....	16
B. Évolution du droit américain : la tentation protectionniste.....	21
1) Prémisses.....	21
a) Première et deuxième guerres mondiales.....	21
b) L’après-guerre.....	22
2) L’amendement Exon-Florio de 1988.....	27
3) Le tournant du 11 septembre 2001.....	32
a) L’affaire Unocal-CNOOC.....	33
b) L’affaire des ports de Dubaï.....	35
C. Évolution du droit français : le libéralisme contraint et forcé.....	37
1) Un contrôle strict des investissements étrangers.....	37
2) L’influence communautaire.....	39
Titre second – État actuel des droits positifs.....	44
A. Droit positif américain.....	44
B. Droit positif français.....	47
1) La notion d’investissement.....	48
2) Le critère de résidence.....	49
3) L’origine de l’investisseur étranger.....	50
4) La pratique française.....	54
C. Entre protectionnisme et libéralisme, deux droits semblables en apparence mais fondamentalement différents.....	55
1) Xénophobie et peur de la mondialisation.....	56
2) Un protectionnisme décomplexé.....	57
3) Des droits conformes à leur tradition juridique.....	59
Conclusion.....	61
Bibliographie.....	62

INTRODUCTION

Protectionnisme n'est pas Américain.

C'est ce que semble affirmer (en guise, cependant, de simple introduction) Thomas Wälde, selon qui « [l]e terme de mondialisation signifie l'émergence d'une économie mondiale ouverte, compétitive et intégrée, délaissant des marchés nationaux ou régionaux isolés au profit de marchés mondiaux naissants. Les producteurs sont soumis à une concurrence intense, les frontières nationales et les multiples obstacles au commerce et à l'investissement [...] deviennent moins nombreux et perdent leur impact protectionniste. [...] Cette situation idéale d'une économie mondiale intégrée n'est pour l'instant pas atteinte sauf aux États-Unis grâce à 200 ans d'intégration économique »¹. Plus loin, il ajoute que prédominerait « indubitablement dans l'économie mondiale »² un « modèle anglo-saxon »³ consistant en « privatisation, déréglementation, libéralisation »⁴. À cette « supériorité anglo-saxonne dans l'économie mondiale »⁵ s'opposerait « l'État-providence européen, accaparé par des forces sociales distributives et non génératrices de richesses, [le mettant] en grande difficulté »⁶.

Dans le cadre d'une comparaison États-Unis / France (comme « État-providence européen » type) portant sur le droit international de l'investissement, et plus précisément sur la réception des investissements étrangers (l'admission), nous pourrions donc poser comme préalable l'idée d'une opposition entre d'une part une Amérique libérale et d'autre part une France protectionniste. Dans une conférence récente⁷, Pierre Servan-Schreiber relève (avant de discuter cette affirmation) que l'on parle souvent de « protectionnisme » pour la France, ce qui signifie que l'État userait de ses prérogatives pour protéger les entreprises sur son sol contre des investissements étrangers non souhaités, là où l'on évoque pour les États-Unis un

¹ Thomas WÄLDE, *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, Paris, A. Pédone, 2004, p.13.

²*Id.*, p. 17.

³*Ibid.*

⁴*Ibid.*

⁵*Id.*, p. 18.

⁶*Ibid.*

⁷Pierre Servan-Schreiber, « Approche comparée des investissements internationaux entre la France et les États-Unis », colloque organisé autour du thème du cadre juridique des investissements internationaux, par l'Association Droit et Affaires, à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, Paris, 11 avril 2012 [je dispose d'un enregistrement audio de cette conférence].

« patriotisme économique » pour parler des mesures d'encouragement pour les entreprises qui font la fierté de leur pays.

L'analyse comparative suivante semble mettre en cause, pour partie au moins, ce poncif qui semble n'être qu'un schéma, c'est-à-dire une représentation de la réalité, possiblement fidèle et opératoire, mais nécessairement réductrice.

L'étude s'appuie sur des données « purement juridiques », ce qui suppose d'étudier le droit positif, de l'analyser et d'en proposer une interprétation. Mais la matière du droit international de l'investissement se contente fort mal de cette limite. Cette position est, sans doute, inhérente à la définition même de la matière. En effet, la notion d'investissement international et le droit y afférant ne connaissent pas une définition unique. Comme le relèvent Dominique Carreau et Patrick Juillard dans leur manuel de droit international économique, « le substantif investissement provient de la science économique. Il s'agit là d'un terme, et l'on pourrait donc supposer que la définition juridique n'est qu'une transcription de la définition économique. Dès lors, la conclusion s'ensuivrait que le juriste, en bon traducteur, se rallierait à la définition que lui dicte l'économiste – ce qui favoriserait l'unité de définition. C'est là ne tenir aucun compte de la fonction du droit, qui ne se situe pas dans l'ordre positif, mais dans l'ordre normatif. S'il existe un droit international des investissements, c'est parce que les acteurs – États et opérateurs – ont, en cette matière, des droits et des devoirs dont le contenu est précisé par les instruments qui les régissent. Dès lors, la définition de l'investissement s'infléchira en fonction de l'objet et du but que poursuivent ces instruments. Cette seule constatation suffit à expliquer qu'il n'y ait pas, et qu'il ne puisse pas y avoir unicité de définitions »⁸.

Aussi, à la suite de Thomas Wälde, nous pouvons envisager, « [l]e droit international économique moderne, en particulier du fait des traités multilatéraux, [comme] le résultat de toute une histoire faite de domination, d'influences diverses fondées sur une philosophie économique et politique et également sur des valeurs morales »⁹. Or, « [l]es "politiques" implicites ou sous-jacentes suivies dans de tels traités ne peuvent être identifiées sans une étude approfondie de la situation économique à régler et l'utilisation d'instruments réglementaires spécifiques »¹⁰. Ainsi, « [b]ien comprendre et identifier proprement la portée, la signification et l'applicabilité des règles juridiques nécessite une approche interdisciplinaire.

⁸Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2010, pp. 417-18.

⁹WÄLDE, *op. cit.*, note 1, p. 10.

¹⁰*Ibid.*

Une étude ambitieuse doit avoir pour objectif d'évaluer les problèmes en question autrement que du simple point de vue, forcément partiel, d'une discipline donnée. Il faut au contraire essayer de mettre en lumière les problèmes à l'aide des travaux conduits dans d'autres disciplines »¹¹.

À cela s'ajoute le fait que l'interprétation d'un texte juridique nécessite de comprendre les motivations de ses auteurs. Or, une spécificité de certains textes juridiques, notamment les lois, est qu'ils ont trop – et donc peut-être pas – d'auteurs. C'est alors dans les discussions et parfois les conflits entre ces auteurs qu'il faut trouver le sens du texte. Il est possible d'envisager les textes de droit comme appartenant à cette catégorie que Umberto Eco nomme les « textes sacrés »¹² à propos desquels « on ne peut pas se permettre une trop grande licence, dans la mesure où il existe habituellement une autorité et une tradition religieuse qui prétendent détenir la clé de leur interprétation »¹³. En matière de droit, l'autorité a en effet pour coutume d'étudier les « travaux préparatoires ». En d'autres termes, le juriste doit chercher du sens dans les lignes du texte, dans son application judiciaire, mais aussi, en amont, dans les motivations. Cela nécessite de s'intéresser à des considérations politiques, économiques, sociologiques, etc., et non seulement strictement juridiques.

D'ailleurs, et en ce qui concerne spécifiquement la matière de l'investissement étranger, pour une bonne compréhension des textes juridiques, Dominique Carreau et Patrick Juillard mettent en garde : « il faut s'attacher, dans tous les cas, à discerner la réalité économique plutôt que s'en tenir aux apparences juridiques qui peuvent n'en constituer que l'habillage – pour ne pas dire le camouflage »¹⁴.

Pour autant, la difficulté de cela est connue : « Il n'est [...] pas toujours possible d'appliquer chaque discipline avec un degré idéal de profondeur et de compétence, ni d'arriver à une vérité absolue »¹⁵. Mais Thomas Wälde y répond malgré tout : « une tentative modeste et pratique de dépassement des frontières du droit international proprement dit donne une meilleure vue »¹⁶.

Il semble que ce ne soit pas là une habitude française. Pourtant, dans tous les ouvrages

¹¹*Ibid* [les guillemets sont de l'auteur].

¹²Umberto ECO, « La surinterprétation des textes », dans *Interprétation et surinterprétation*, sous la dir. de Stefan COLLINI, trad. par Jean-Pierre COMETTI, Paris, P.U.F., 2002, p. 48.

¹³*Ibid*.

¹⁴CARREAU et JUILLARD, *op. cit.*, note 8, pp. 441-42.

¹⁵WÄLDE, *op. cit.*, note 1, p. 10.

¹⁶*Ibid*.

juridiques étrangers – et en particulier américains – consultés au cours des recherches préalables à ce travail, se trouvait une mise en abîme de la matière dans son analyse historique, économique et politique. C'est d'ailleurs bien dans la bibliothèque de droit de l'Université Columbia (Arthur W. Diamond Law Library) qu'a été trouvé un des ouvrages de référence pourtant publié par l'*Institute for International Economics*. Pour être tout à fait juste, crédit doit cependant être porté à l'Institut des Hautes Études Internationales pour avoir accueilli Thomas Wälde et publié son cours, notamment en raison de son « ampleur de vue que peu de gens partagent »¹⁷, actant ainsi la rupture « avec une certaine tradition française d'études strictement juridiques »¹⁸.

Au-delà, d'ailleurs, de la recherche de la justesse par l'interdisciplinarité, l'étude extra-juridique (sans chercher ici ni à discuter, ni à nier l'hétérogénéité du droit mais en le considérant dans les limites de son étude universitaire, en tant que discipline) permet le questionnement et la remise en cause. Par exemple, pour le sujet présent, il semble que la simple considération de certains chiffres donnés par l'analyse économique doit permettre de s'interroger sur la réalité d'une énonciation présentant l'Europe et la France comme si protectrices qu'elles en seraient presque fermées. En effet, d'après la Direction générale du commerce de la Commission européenne¹⁹ et le rapport de l'UNCTAD sur l'investissement mondial de 2011²⁰, les investisseurs étrangers auraient investi pour 229 milliards d'euros dans l'Union en 2010 portant ainsi à 5250 milliards les actifs qu'ils y contrôlent. L'Union européenne serait ainsi le premier récepteur d'investissements au monde. De même, en ce qui concerne la France, elle aurait reçu en 2006²¹, 58 milliards d'euros d'investissement, figurant ainsi au troisième rang mondial des pays récepteurs²². Pour autant, il faut garder à l'esprit que

¹⁷Anon., « Préface », dans Thomas WÄLDE, *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, Paris, A. Pédone, 2004, p. 5.

¹⁸*Ibid.*

¹⁹Commission européenne, « L'UE et les États-Unis adoptent un programme pour un climat d'investissement ouvert et stable », *Conférence de presse*, 10 avril 2012, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/356&type=HTML>.

²⁰Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2011*, UNCTAD/WIR/2011, 2011, http://unctad.org/fr/docs/wir2011overview_fr.pdf.

²¹Christian GAUDIN, « La bataille des centres de décision : promouvoir la souveraineté économique de la France à l'heure de la mondialisation », *Rapport d'information du Sénat n° 347*, session ordinaire de 2006-2007, 22 février 2007, <http://www.senat.fr/rap/r06-347-1/r06-347-180.html>.

²²Selon l'Agence Française pour les Investissements Internationaux s'appuyant sur les chiffres de la CNUCED, en 2010, la France aurait été au quatrième rang mondial avec 34 milliards de dollars. Voir à l'adresse : <http://www.invest-in-france.org/fr/pourquoi-la-france/un-pays-ouvert-sur-le-monde.html>.

ces chiffres ne peuvent être décisifs ni orienter définitivement de conclusion. Seuls, ils ne sont pas plus suffisants que l'analyse purement juridique et même économiquement, il est parfois considéré judicieux de les relativiser²³.

Quant à une analyse plus politique, si l'on s'attarde sur la toute récente « Déclaration de l'Union européenne et des États-Unis sur les principes communs en matière d'investissements internationaux »²⁴ – à propos de laquelle Karel de Gucht, Commissaire européen en charge du commerce, a déclaré : « Les marchés d'investissement ouverts stimulent la croissance et l'emploi. Les principes que nous avons adoptés garantiront le maintien d'un environnement ouvert et favorable à l'investissement » – on peut lire dès la première phrase : « En tant que principales sources et destinations d'investissements étrangers au monde, l'Union européenne et les États-Unis reconnaissent depuis longtemps qu'il est primordial de créer et de préserver un climat et des politiques d'investissement ouverts et stables, qui favorisent le développement et la croissance économiques durables, la création d'emplois, l'augmentation de la productivité, l'innovation technologique et la compétitivité. »²⁵.

Dans le même sens, enfin, dans un rapport de 2007, le Sénat français relevait « [I]es conséquences jusqu'ici favorables de certains investissements étrangers »²⁶, affirmant qu'« [i]l ne faut pas méconnaître les avantages consécutifs aux prises de contrôle ; cela n'est pas contestable s'agissant d'entreprises en difficulté mais peut concerner également des entreprises en croissance. Des alliances "entre égaux" peuvent également être créatrices de synergies favorables à l'économie française »²⁷.

Bien sûr, il ne s'agit pas de devoir déjà conclure que, finalement, l'Union européenne est très libérale, ni, en conclusion des propos à venir, d'affirmer que les États-Unis, tout bien considéré, sont protectionnistes. En revanche, cela permet de faire évoluer le questionnement :

²³Par exemple ces chiffres ont souvent été utilisés comme matière à réjouissance au regard de la bonne santé économique de la France. Mais on peut lire dans le *Rapport d'information du Sénat n° 347*, (GAUDIN, *op. cit.*, note 21) : « M. Henri de Castries s'étonnait de ce qu'il considère être un optimisme excessif et a, au contraire, exprimé sa préoccupation dans les termes suivants : " quand vous analysez attentivement ce que sont ces investissements en France, vous observerez qu'il s'agit bien plus souvent d'investissements de rachats de distribution que d'investissements de recherche. Et cela me semble très profondément préoccupant. [...] Voilà le vrai sujet : la France sera vraiment un territoire attractif le jour où les rachats de capacités existantes seront remplacés par des investissements dans la recherche et des extensions de capacités". »

²⁴*Déclaration de l'Union européenne et des États-Unis sur les principes communs en matière d'investissements internationaux*, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/april/tradoc_149361.pdf.

²⁵*Ibid.*

²⁶GAUDIN, *op. cit.*, note 21

²⁷*Ibid.*

il ne s'agit plus simplement de vérifier l'exactitude de l'énoncé (États-Unis libéraux, France protectionniste), mais, à nouveau, d'en comprendre les motivations, ce qui conduira donc à étudier les origines extra-juridiques du droit positif, et seulement alors de proposer une conclusion qui sera, ou non, conciliable avec l'hypothèse de départ. En d'autres termes, et pour reprendre une image proposée par Derrida²⁸, il s'agit d'envisager la problématique non seulement en exposant le droit positif – aboutissement d'une évolution qui sera préalablement étudiée – mais également en découvrant les « traces » qui hantent les textes du droit, c'est-à-dire en lisant entre les lignes, en démêlant l'enchevêtrement de politique et d'économie qui se trouve dans chaque texte, et ainsi en proposant une interprétation qui corroborera – ou non – l'hypothèse.

Dans un premier temps, nous proposerons une présentation succincte du droit international de l'investissement et de ses enjeux afin de comprendre dans quel cadre s'inscrivent les droits américain et français en la matière (Titre préliminaire). Nous présenterons ensuite l'évolution des droits de manière à exposer leurs fondements et comprendre leur sens (Titre Premier). Puis un exposé du droit positif et une interprétation seront présentés (Titre Second).

²⁸Jacques DERRIDA, *De la grammatologie*, Paris, Les éditions de minuit, 1967.

TITRE PRÉLIMINAIRE – LE DROIT INTERNATIONAL DE L'INVESTISSEMENT

Depuis au moins les années 1980, il y a une convergence d'opinions – et presque un consensus – considérant que, au regard de la croissance et de l'innovation, le libéralisme est préférable au protectionnisme²⁹. Ainsi, un article de J. Williamson connu sous le nom de « Consensus de Washington » pose des principes libéraux qui sont aujourd'hui dominants dans la politique économique internationale, bien que récemment assez fortement nuancés par des considérations sociales et environnementales³⁰.

Au regard du droit international de l'investissement, ce consensus se traduit par une volonté de promouvoir l'investissement international, ce qui suppose la libre circulation des investissements, étant entendu que « plus rapidement s'allégera le contrôle sur les flux et reflux, et plus facilement le climat favorable se substituera au climat défavorable »³¹. Ainsi, dans une intervention très récente du 8 juin 2012, le Commissaire européen De Gucht, réagissant à un rapport publié le 6 juin 2012, qui faisait état de la montée du protectionnisme dans le monde en relevant une hausse de plus de 25% du nombre des restrictions aux échanges en seulement huit mois, a déclaré : « À l'évidence, les membres du G20 doivent intensifier leurs efforts de lutte contre le protectionnisme. Je suis très préoccupé par la forte hausse du nombre de mesures commerciales restrictives observées en l'espace de quelques mois. [...] N'oublions pas que le G20 s'est engagé à limiter ce genre de pratiques et que le protectionnisme ne profite à personne. C'est un mauvais signal envoyé aux partenaires commerciaux, aux investisseurs et à l'ensemble des entreprises, qui ont besoin d'un environnement commercial prévisible »³².

Or, « [l]'élimination des obstacles à la libre circulation des investissements emprunte, sur le terrain du droit, deux voies différentes. L'une est la voie du droit interne : un État, par acte unilatéral, lève tous les obstacles à la libre circulation des investissements, tant de ses

²⁹Rudolf DOLZER et Christoph SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 79.

³⁰*Ibid.*

³¹CARREAU et JUILLARD, *op. cit.*, note 8, p. 446.

³²Commission européenne, « Nouvelle du commerce de l'UE : un rapport de l'UE fait état d'une hausse du protectionnisme », *Revue de presse hebdomadaire du commerce extérieur*, 8 juin 2012.

nationaux en territoire étranger, que des étrangers en territoire national. L'autre est la voie du droit international : des États, par acte concerté, soit bilatéralement, soit plurilatéralement, instaurent entre eux, et au bénéfice de leurs nationaux, une zone de libre circulation »³³.

Pour autant, ce qui est ici vrai en matière d'élimination des obstacles, l'est également en matière de maintien ou de création des obstacles. En effet, l'auto-déclaré consensus libéral dans la doctrine économique, n'est en rien suivi d'un principe général obligatoire du droit international. Au contraire, « [l]e point de départ de l'analyse juridique ne saurait être mis en doute. C'est le *principe de souveraineté* qui, à l'origine, régit la matière. Tout État est souverain et, parce qu'il est souverain, il détermine librement sa politique économique et organise librement son espace économique. Par suite, il définit librement la politique qu'il entend suivre, tant vis-à-vis des opérations d'investissement qu'envisagent ses nationaux en territoire étranger, que vis-à-vis des opérations d'investissement qu'envisagent les étrangers sur son territoire national, et qu'il s'agisse d'opérations de constitution ou d'opérations de liquidation »³⁴.

Selon le droit international coutumier, on considère que « la capacité que possède L'État souverain d'édicter des normes juridiques est virtuellement illimitée, dès lors qu'elle se fonde soit sur le chef de compétence tiré de la territorialité, soit sur le chef de compétence tiré de la nationalité »³⁵.

Dès lors, bien souvent, ce qui motivera les orientations politiques des États dans le sens de l'ouverture ou dans celui de la fermeture, sera la considération d'une problématique traditionnelle du droit international qu'est celle de la réciprocité. C'est d'ailleurs là une considération très ancienne. Ainsi, par exemple, aux origines du droit anglo-saxon, la clause XXX de la Magna Carta disposait : « Tous les marchands, s'ils n'en avaient pas été interdits auparavant, pourront en toute sécurité sortir d'Angleterre, y entrer, y demeurer et y circuler par voie terrestre ou voie de mer, pour acheter ou vendre, d'après les anciens droits et coutumes, sans aucun péage malveillant, excepté en temps de guerre ; et s'ils viennent d'un pays qui est en guerre contre nous et qu'ils sont découverts dans notre royaume au début de la guerre, ils seront retenus sans atteinte à leur personne ou à leurs biens, jusqu'à ce qu'il soit connu de nous ou de notre Juge de quelle façon nos marchands sont traités lorsqu'ils sont découverts dans le pays en guerre contre nous ; et si nos marchands y sont bien traités, il en

³³CARREAU et JUILLARD, *op. cit.*, note 8, p. 446.

³⁴*Id.*, p. 447 [les italiques sont des auteurs].

³⁵*Ibid.*

sera de même pour eux avec nous »³⁶.

Beaucoup plus récemment, on trouve, parmi les instruments conventionnels, la Charte des droits et devoirs économiques des États, adoptée le 12 décembre 1974 par l'Assemblée générale de l'ONU, dont l'article 2, paragraphe 2, dispose que tout État a le droit de « régler les investissements étrangers dans les limites de sa juridiction nationale et d'exercer sur eux son autorité en conformité avec ses lois et règlements et conformément à ses priorités et objectifs nationaux »³⁷.

Comme le relève Mathias Audit, « [i]l est vrai que, portée par la volonté de certains États importateurs de capitaux d'affirmer une intransigeante souveraineté sur leurs ressources naturelles, la valeur générale exacte de cette charte a pu être discutée [...]. Mais le débat suscité par ce texte n'est pas de nature à remettre en cause le constat selon lequel, par principe, un État est compétent pour régler les flux d'investissements à destination de son territoire ou en provenance de celui-ci. D'ailleurs, au moins pour la phase initiale de l'investissement qui est le transfert de fonds, ceci est confirmé par l'article VI, section 3, des statuts du FMI, aux termes duquel "les [États] membres pourront exercer tous les contrôles nécessaires pour régler les mouvements internationaux de capitaux" »³⁸.

Il ne fait donc aucun doute que, du point de vue du droit international général, les États ne sont aucunement tenus d'admettre les investissements étrangers sur leur territoire. Comme le relève Rudolf Dolzer et Christoph Schreuer, « [c]ela inclut le droit [pour chaque État] de déterminer les modalités d'admission et d'établissement des investisseurs étrangers »³⁹.

On doit distinguer la notion d'admission de celle d'établissement⁴⁰, la première désignant le droit d'entrée de l'investissement, et la seconde désignant les conditions dans lesquelles

³⁶*Magna Carta* : « All merchants, if they were not openly prohibited before, shall have their safe and sure Conduct to depart out of England, to come into England, to tarry in, and go through England, as well by land as by water; to buy and sell without any manner of evil tolts by old and rightful Customers, except in time of war; and if they be of a Land making War against Us, and be found in our Realm at the beginning of the wars, they shall be attached without harm of body or goods, until it be known unto Us, or our Chief Justice, how our Merchants be entered therein the Land making War against Us; and if our merchants be well entreated there, theirs shall be likewise with Us » [la traduction est de moi].

³⁷Charte des droits et devoirs économiques des États, 12 décembre 1974, [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3281\(XXIX\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3281(XXIX)&Lang=F).

³⁸Mathias AUDIT, « Droit des investissements. Régime du droit interne », *Jurisclasseur Droit International*, Fasc. 572-55, LexisNexis, 2009, http://www.lexisnexis.com/fr/droit/results/docview/docview.do?docLinkInd=true&risb=21_T14889596646&format=GNBFULL&sort=&startDocNo=1&resultsUrlKey=29_T14889596651&cisb=22_T14889596650&treeMax=true&treeWidth=0&selRCNodeID=3&nodeStateId=100fr_FR,1&docsInCategory=3&csi=345888&docNo=2.

³⁹DOLZER et SCHREUER, *op. cit.*, note 29, p. 80 [la traduction est de moi].

⁴⁰*Ibid.*

l'investisseur peut gérer ses affaires dans l'État hôte, c'est-à-dire son traitement par l'État hôte. La notion d'établissement suppose donc celle de durée. Au regard du droit international, l'investissement international étant globalement défini comme l'établissement d'une relation à long terme, la question de l'admission, ou plus exactement la distinction admission/établissement, peut sembler inutile⁴¹. Cependant, notamment par l'observation de la réalité économique, on s'aperçoit rapidement que la notion d'investissement échappe à une définition si précise puisqu'elle regroupe aussi bien « des mesures à court terme qui ne nécessitent pas une présence permanente que de plus classiques projets d'investissements à long terme »⁴².

C'est la notion d'admission qui occupera la réflexion de ce mémoire. C'est une question clef du droit international de l'investissement car elle comporte d'importants enjeux. Tout d'abord, elle amène l'État d'accueil de l'investissement à définir des « secteurs économiques et des régions géographiques pertinents »⁴³ dans les cadres desquels, du libéralisme au protectionnisme les plus stricts, l'investissement pourra se voir opposer plusieurs conditions à son admission : enregistrement, licence, analyse de la nature de l'investissement (implantation d'un siège d'entreprise, joint-venture, restrictions relatives à la propriété)⁴⁴.

Par ailleurs, c'est une question tout à fait particulière. Alors que généralement le droit international des investissements intéresse des rapports entre États du Nord et États du Sud, au regard des préoccupations des investisseurs, le problème de l'admission – et notamment de la libération de l'admission – semble surtout se poser dans les rapports Nord-Nord. L'étude de cette question aux États-Unis et en France est alors parfaitement justifiée. Patrick Juillard explique ainsi : « [La] libération de l'admission et [l']élimination des contraintes de gestion [...] s'expriment moins dans le contexte Nord-Sud que dans le contexte Nord-Nord. De quoi s'agit-il, en effet ? Il s'agit, tout d'abord, de permettre aux entreprises multinationales, par le jeu du traitement national dans la phase pré-établissement, de librement accéder aux marchés nationaux, qui sont générateurs de profits, c'est-à-dire aux marchés des pays du Nord qui n'ont pas encore accepté de s'ouvrir librement à l'investissement étranger. Il s'agit, par la suite, de faire en sorte que les pays d'accueil assurent des conditions d'égalité concurrentielles, par le

⁴¹Thomas POLLAN, *Legal Framework for the admission of FDI*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2006 p. 30.

⁴²*Ibid.*

⁴³DOLZER et SCHREUER, *op. cit.*, note 29, p. 80.

⁴⁴*Ibid.*

jeu du traitement national dans la phase post-établissement, entre les entreprises nationales et les entreprises multinationales. On voit bien que ce sont là des préoccupations propres aux pays développés et qui mettent en cause les relations économiques entre ces pays développés. Le problème des entreprises multinationales d'origine américaine, c'est moins l'accès au marché zimbabwéen que l'accès au marché européen »⁴⁵.

Comment alors, les États organisent-ils l'accès à leur marché et admettent-ils sur leur territoire les investissements étrangers ? Selon Dolzer et Schreuer, « les traités conclus par les pays européens n'accordent pas un droit général à l'admission mais prescrivent plusieurs standards et garanties que doivent respecter les investissements que l'État hôte a unilatéralement décidé d'admettre »⁴⁶. Ainsi, on peut lire à l'article 1er du modèle français de traité bilatéral d'investissement actualisé en 2006 : « Le terme "investissement" désigne tous les avoirs, tels que les biens, droits et intérêts de toutes natures [...]. Il est entendu que lesdits avoirs doivent être ou avoir été investis conformément à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est effectué, avant ou après l'entrée en vigueur du présent accord ». À titre d'illustration, il est aussitôt précisé : « Aucune modification de la forme d'investissement des avoirs n'affecte leur qualification d'investissement, à condition que cette modification ne soit pas contraire à la législation de la Partie contractante sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle l'investissement est réalisé », ou encore : « Aucune disposition du présent Accord ne sera interprétée comme empêchant l'une des Parties contractantes de prendre toute disposition visant à régir les investissements réalisés par des investisseurs étrangers et les conditions d'activités desdits investisseurs, dans le cadre de mesures destinées à préserver et à encourager la diversité culturelle et linguistique ». L'article 3, quant à lui, consacré, comme son titre l'indique, à l'« encouragement et admission des investissements », précise : « Chacune des Parties contractantes encourage et admet, dans le cadre de sa législation et des dispositions du présent accord, les investissements effectués par les investisseurs de l'autre Partie sur son territoire et dans sa zone maritime ». Le modèle français entend donc insister sur le fait que l'investissement doit se faire conformément à la législation nationale de l'État hôte seul compétent pour décider des critères d'admission des investissements. La conséquence est que

⁴⁵Patrick JUILLARD, « A propos du décès de l'A.M.I. », *Annuaire français de droit international*, vol 44, 1998, p. 598.

⁴⁶DOLZER et SCHREUER, *op. cit.*, note 29, p. 81 [« *Treaties concluded by European countries do not grant right of admission but limit themselves to standards and guarantees for those investments which the host state has unilaterally decided to admit* »] (la traduction est de moi).

le traité nouvellement conclu n'oblige en rien les États parties à revoir leur législation interne. Au contraire, la législation interne étant libérée, il est même tout à fait envisageable qu'un investisseur de l'autre partie reçoive un traitement moins favorable qu'avant la conclusion du traité⁴⁷.

Le modèle américain est différent. Les États-Unis ont à l'égard de l'admission une politique à l'opposé de la politique européenne. Concrètement, les clauses de leurs traités, quoique de portée limitée (notamment du fait de l'article 14 section 2 du modèle⁴⁸), autorise *a priori* l'accès à leur marché⁴⁹. Cette autorisation se fait sur le fondement de la clause du traitement national qui envisage expressément la question de l'admission de l'investissement étranger. Ainsi, l'article 3 section 1 du modèle américain actualisé en 2004 dispose : « *Each Party shall accord, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory* ».

Cela dit, aucun modèle n'accepte tous les investissements sans condition. Et même si les traités internationaux laissent parfois entendre une très large ouverture, les législations internes entendent souvent mettre un frein au libéralisme affiché à l'étranger.

C'est à l'étude de ces législations, en France et aux États-Unis que l'on va désormais s'intéresser.

⁴⁷*Ibid.*

⁴⁸*Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, article 14, section 2 : « *Article 3 [National Treatment], 4 [Most-Favoured-Nation Treatment], 8 [Performance Requirements], and 9 [Senior Management and Boards of Directors] do not apply to any measure that a Party adopts or maintains with respect to sectors, subsectors, or activities, as set out in its Schedule to Annex II* ».

⁴⁹DOLZER et SCHREUER, *op. cit.*, note 29, p. 81.

TITRE PREMIER – ÉVOLUTION DES DROITS INTERNES

Aujourd'hui, aux États-Unis comme en France, la question de l'admission des investissements étrangers semble essentiellement se concentrer autour de la question plus ou moins directement posée de la sécurité nationale.

Cependant, si en France il ne s'agit que de quelques articles – auxquels il est d'ailleurs assez peu fait référence – du Code monétaire et financier, aux États-Unis cette problématique est éminemment centrale. Elle a été l'objet d'une succession de lois et d'affaires d'état, véritable champs de bataille politique et lieu de toutes les crispations. Si tant est que cette information soit révélatrice, on peut noter que dans de nombreux cabinets d'avocats américains ayant une activité de droit international économique, l'on trouve un département spécialisé dans la procédure du CFIUS (*Committee on Foreign Investment in the United States*), alors qu'aucun cabinet français n'a d'équipe entièrement consacrée à la procédure posée par le Code.

Par ailleurs, si l'importance donnée à cette matière varie d'un droit à l'autre, le sens de l'évolution, dont les droits positifs actuels sont l'aboutissement, diffère également. Nous allons ainsi retracer dans cette partie la succession des modifications qui ont touché le droit de l'investissement étranger aux États-Unis et en France, en partant des fondements de ces droits respectifs (A) puis en étudiant leur cheminement propre : la tentation américaine pour le protectionnisme (B) et l'évolution forcée de la France vers le libéralisme (C).

A. Fondements des droits.

En 1791, Alexander Hamilton, économiste, alors ministre du Trésor, déclare dans un rapport adressé au Congrès américain : « *The aid of foreign capital may safely, and with considerable latitude, be taken into calculation. Its instrumentality has been long experienced in our external commerce ; and it has begun to be felt in various other modes. Not only our own funds, but our agriculture and other internal improvements, have been animated by it. It has already, in a few instances, extended even to our manufactures. [...] It is not impossible that there may be persons disposed to look with a jealous eye on the introduction of foreign capital,*

*as if it were an instrument to deprive our citizens of the profits of our own industry ; but, perhaps, there never could be a more unreasonable jealousy. Instead of being viewed as a rival, it ought to be considered as a most valuable auxiliary, conducing to put in motion a greater quantity of productive labor, and a greater portion of useful enterprise, than could exist without it »*⁵⁰.

Cette conception de Hamilton semble avoir prévalu dans la politique américaine au cours des XVIIIème et XIXème siècles⁵¹. Ainsi, au milieu du XIXème siècle, les investisseurs étrangers, essentiellement européens, détenaient la moitié de la dette nationale, la moitié des dettes des États et un quart des dettes municipales, et investissaient également considérablement dans l'immobilier américain⁵².

Cependant, la première guerre mondiale a marqué un tournant décisif dans la politique américaine vis-à-vis des investissements étrangers. D'un certain point de vue, les Européens, ont dû vendre nombre de leurs possessions afin de répondre à leurs besoins en temps de guerre⁵³. D'un autre point de vue, la guerre n'aurait été que le révélateur d'une tendance structurelle. Selon James F. F. Carroll, « l'antipathie à l'encontre des investissements étrangers a une longue histoire aux États-Unis »⁵⁴. On relève ainsi, à titre d'exemple, que lorsque les première et seconde banques des États-Unis furent créées, leur charte constitutive interdisait le poste de directeur aux étrangers⁵⁵ ; ou encore, que l'*Alien Land Law* de 1887 interdisait aux étrangers de devenir propriétaires de terres fédérales^{56 57}. Par ailleurs, tout au long du XXème

⁵⁰Alexander HAMILTON, « Report on Manufactures », *Annals of Congress*, vol. 3, 5 décembre 1791, p. 994 [disponible à l'adresse : <http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llac&fileName=003/llac003.db&recNum=512>] (« L'aide de capital étranger peut sans problème et largement être pris en compte. Son concours a été expérimenté depuis longtemps dans le commerce extérieur ; mais des effets ont commencé à être ressentis ailleurs. Non seulement nos fonds, mais aussi notre agriculture et d'autres améliorations sont le fait de capitaux étrangers. A certains égard ils ont mêmes atteint nos entreprises. [...] Il n'est pas impossible que certaines personnes regardent avec jalousie l'introduction de capitaux étrangers comme s'il s'agissait d'un instrument visant à priver nos citoyens des profits de notre propre industrie ; mais, peut-être, n'y a-t-il jamais eu de jalousie si irraisonnable. Au lieu d'être vus comme rivaux, ils devraient être vus comme un auxiliaire précieux permettant de faire travailler davantage de main d'œuvre et une plus grande part d'entreprises utiles ») [la traduction est de moi].

⁵¹Michael V. SEITZINGER, « Foreign Investment in the United States : Major Federal Statutory Restrictions », *CRS Report for Congress RL33103*, 27 mars 2008, p. 2.

⁵²*Ibid.*

⁵³*Ibid.*

⁵⁴James F. F. CARROLL, « Back to the Future: Redefining the Foreign Investment and National Security Act's Conception of National Security », *Emory International Law Review*, vol. 23, 2009, p. 170 [« *Antipathy toward foreign investment has a long history in the United States* »].

⁵⁵SEITZINGER, *op. cit.*, note 51, p. 3.

⁵⁶*Ibid.*

⁵⁷*Alien Land Law*, ch. 340, § 1, 24 Stat. 476, 3 mars 1887.

siècle ont été adoptées des lois encadrant les investissements étrangers (en particulier à la fin des années 1970, ce qui, comme nous le verrons plus tard, n'est pas un hasard).

Certaines ne portent pas vraiment de clauses restrictives mais instaurent une procédure de contrôle.

Ainsi, l'*International Investment and Trade in Services Survey Act*, de 1976 confère au Président « une autorité claire et non ambiguë pour collecter des renseignements sur les investissements internationaux »⁵⁸. Il doit également pouvoir recevoir des « renseignements nécessaires pour évaluer l'impact de tels investissements »⁵⁹ et est autorisé à recevoir et à utiliser les informations reçues concernant « des investissements directs possédés ou contrôlés directement ou indirectement par des gouvernements ou des personnes étrangères »⁶⁰. Il peut fournir « au Congrès, aux agences exécutives et au grand public, l'analyse de tels renseignements »⁶¹, un amendement de 1990 renforçant davantage cette information au public⁶². Enfin, ce même amendement permet au Président de demander un rapport du *Bureau of Economic Analysis of the Department of Commerce* portant sur les investissements d'une entreprise particulière⁶³.

⁵⁸*International Investment and Trade in Services Survey Act*, 22 U.S.C. §§ 3101 (b), 1976 [« [a] clear and unambiguous authority for the President to collect information on international investment »] (la traduction est de moi).

⁵⁹*Ibid.* [« including related information necessary for assessing the impact of such investment »] (la traduction est de moi).

⁶⁰*Ibid.*, [« to authorize the collection and use of information on direct investments owned or controlled directly or indirectly by foreign governments or persons »] (la traduction est de moi).

⁶¹*Ibid.*, [« to provide analyses of such information to the Congress, the executive agencies, and the general public »] (la traduction est de moi).

⁶²22 U.S.C. §3103 (a) (5) : « The President shall, to the extent he deems necessary and feasible [...] publish for the use of the general public and United States Government agencies periodic, regular, and comprehensive statistical information collected pursuant to this subsection and to the benchmark surveys conducted pursuant to subsections (b) and (c) of this section, including, with respect to foreign direct investment in the United States, information on ownership by foreign governments of United States affiliates by country, and tables, on an aggregated basis, of business enterprises the ownership or control of which by foreign persons is more than 50 percent of the voting securities or other evidences of ownership of such enterprises, and business enterprises the ownership or control of which by foreign persons is 50 percent or less of the voting securities or other evidences of ownership of such enterprises ».

⁶³22 U.S.C. § 3103 (h) : « (1) The President, or the designee of the President responsible for monitoring the impact of foreign investment in the United States, coordinating implementation of United States policy on investment, and investigating foreign acquisitions under section 2170 of title 50, Appendix, may request a report from the Bureau of Economic Analysis of the Department of Commerce. When such request is made in connection with an investigation under such section 2170, the report shall be provided within 14 days after the request is made. When such request is not made in connection with an investigation under such section 2170, the report shall be provided within 60 days after the request. (2) A report requested under paragraph (1) shall contain the best available information on the extent of foreign direct investment in a given industry, including a breakdown of total investment in the industry, and any foreign government investment in the industry, by country of the foreign owner, and any other information that the Bureau of Economic Analysis or such designee of the President considers relevant. The industry information provided shall be at the most

Dans la même logique d'information, une autre loi fédérale, de 1978 – l'*Agricultural Foreign Investment Disclosure Act* – dispose que toute personne étrangère acquérant ou transférant sa propriété sur une terre agricole doit, dès lors que la sécurité n'est pas en jeu, en référer au ministère de l'Agriculture dans les 90 jours suivant la date d'acquisition ou de transfert⁶⁴. Par ailleurs, la loi prévoit que toute personne étrangère déjà en possession de terres agricoles avant l'entrée en vigueur de la loi, doit, dès lors que la sécurité n'est pas en jeu, en référer dans les 180 jours suivant son entrée en vigueur⁶⁵.

D'autres lois, par ailleurs, limitent les investissements étrangers, mais seulement dans certains secteurs. Il en va ainsi des secteurs de l'industrie navale et aérienne, de l'industrie minière, du secteur de l'énergie – en particulier nucléaire – et du secteur agricole. Il existe également des limitations dans le secteur de la communication et dans le domaine bancaire. Enfin, si, en principe, un investisseur étranger peut contracter avec le gouvernement fédéral, certaines lois restreignent cette possibilité.

Cependant, comme on le verra, il n'y a qu'une loi susceptible d'interdire les investissements

detailed level available of Standard Industrial Classification, subject to the requirements of section 3104 of this title ».

⁶⁴*Agricultural Foreign Investment Disclosure Act*, 7 U.S.C. § 3501 (a) : « Any foreign person who acquires or transfers any interest, other than a security interest, in agricultural land shall submit a report to the Secretary of Agriculture not later than 90 days after the date of such acquisition or transfer. Such report shall be submitted in such form and in accordance with such procedures as the Secretary may require and shall contain — (1) the legal name and the address of such foreign person; (2) in any case in which such foreign person is an individual, the citizenship of such foreign person; (3) in any case in which such foreign person is not an individual or a government, the nature of the legal entity holding the interest, the country in which such foreign person is created or organized, and the principal place of business of such foreign person; (4) the type of interest in agricultural land which such foreign person acquired or transferred; (5) the legal description and acreage of such agricultural land; (6) the purchase price paid for, or any other consideration given for, such interest; (7) in any case in which such foreign person transfers such interest, the legal name and the address of the person to whom such interest is transferred and — (A) in any case in which such transferee is an individual, the citizenship of such transferee; and (B) in any case in which such transferee is not an individual or a government, the nature of the legal entity holding the interest, the country in which such transferee is created or organized, and the principal place of business of such transferee; (8) the agricultural purposes for which such foreign person intends, on the date on which such report is submitted to the Secretary, to use such agricultural land; and (9) such other information as the Secretary may require by regulation ».

⁶⁵7 U.S.C. § 3501 (b) : « Any foreign person who holds any interest, other than a security interest, in agricultural land on the day before the effective date of this section shall submit a report to the Secretary not later than 180 days after such effective date. Such report shall be submitted in such form and in accordance with such procedures as the Secretary may require and shall contain — (1) the legal name and the address of such foreign person; (2) in any case in which such foreign person is an individual, the citizenship of such foreign person; (3) in any case in which such foreign person is not an individual or a government, the nature of the legal entity holding the interest, the country in which such foreign person is created or organized, and the principal place of business of such foreign person; (4) the type of interest in agricultural land which is held by such foreign person; (5) the legal description and acreage of such agricultural land; (6) the purchase price paid for, or any other consideration given for, such interest; (7) the agricultural purposes for which such foreign person — (A) is using such agricultural land on the date on which such report is submitted to the Secretary; and (B) intends, as of such date, to use such agricultural land; and (8) such other information as the Secretary may require by regulation ».

internationaux aux États-Unis, *a priori* dans quelque secteur que ce soit, qui que soit l'investisseur et quelle que soit la forme de l'investissement ; cette loi suppose que la sécurité nationale soit en jeu.

Contrairement au droit américain, le droit français en matière d'investissement est loin de se fonder sur une pratique et des réflexes libéraux. Comme l'écrit André Gueslin, « [d]e 1931 à 1944, avec la crise puis la guerre, l'économie française [...] s'était recroquevillée sur elle-même. Les velléités de modernisation des années vingt n'avaient été que feu de paille et le protectionnisme avait perduré. La crise fit de la France un môle fermé derrière ses barrières et tarifs. Par la force des choses, la guerre n'arrangea rien »⁶⁶. D'ailleurs, la société française elle-même refuse bien souvent cette ouverture économique au monde qui, à l'époque est essentiellement une ouverture économique aux États-Unis. La peur est alors celle de l'américanisation⁶⁷. On songe ainsi à Georges Duhamel qui, en 1930, écrit : « Qu'à cet instant du débat, chacun de nous, occidentaux, dénonce avec loyauté ce qu'il observe d'américain dans sa maison, dans son vêtement, dans son âme »⁶⁸. On songe également au parti communiste, très fort politiquement au lendemain de la guerre et qui, par exemple, lançait de violentes attaques contre la clause des accords commerciaux Blum-Byrnes de 1946 qui facilitaient l'entrée des films américains en France, et dénonçait le plan Marshall comme le « Cheval de Troie » de l'impérialisme américain⁶⁹. Il faut attendre les années 1950 pour commencer à constater le début, non pas de « l'ouverture qui avait existé au XIX^e siècle, mais l'intégration de l'économie nationale dans une "économie-monde" »⁷⁰. Les indices de ce mouvement sont nombreux. On peut relever la croissance du volume du commerce extérieur⁷¹, la place des échanges dans l'activité du pays (PNB et PIB)⁷², la part des exportations dans l'offre destinée au marché intérieur⁷³, ou encore la part de la France dans le stock des investissements directs à l'étranger⁷⁴. En ce qui concerne l'importance des investissements étrangers en France, il est

⁶⁶ André GUESLIN, *L'économie ouverte 1948-1990*, dans *Nouvelle histoire économique de la France contemporaine*, vol. 4, sous la dir. d'André GUESLIN, Paris, La Découverte, 1994, p. 5.

⁶⁷ Laurent WIRTH, *L'exception française 19^e-20^e siècles*, Paris, Armand Colin, 2000, p. 69.

⁶⁸ Georges DUHAMEL, *Scènes de la vie future*, Paris, Mercure de France, 1939, p.19 [1930].

⁶⁹ WIRTH, *op. cit.*, note 67, p. 69.

⁷⁰ GUESLIN, *op. cit.*, note 66, p. 5.

⁷¹ *Id.* p. 7.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Id.* p. 8.

⁷⁴ *Ibid.*

difficile de se prononcer « faute de séries longues et comparables »⁷⁵. On ne peut guère qu'affirmer que les entrées de capitaux américains publics puis, à partir de 1955, privés et relayés par les pétrodollars dans les années 1970, ont toujours été importantes⁷⁶.

Il s'agit sans doute là de la constatation d'un symptôme. Occupée à sa modernisation puis embourbée dans le démantèlement de son empire colonial – au prix parfois de guerres de décolonisations – la France ne s'est pas tout de suite intéressée à la question des investissements étrangers. D'autant plus qu'à partir de 1945, « l'État assume le double rôle de régulateur et de modernisateur de l'économie »⁷⁷. Or « [s]a mission modernisatrice se traduit par les nationalisations, la planification et l'aménagement du territoire. [...] Dans les années 1950-1960, L'État est perçu comme la force d'impulsion et le tuteur de l'industrie »⁷⁸. Tout cela laisse donc peu de place à l'investissement étranger, et il faut ainsi attendre le 28 décembre 1966 pour que soit adoptée la première loi française, relative aux relations financières avec l'étranger, qui vise à répondre aux problématiques spécifiques de l'investissement international.

B. Évolution du droit américain : la tentation protectionniste.

1) Prémisses.

a) Première et deuxième guerres mondiales.

Selon James F.F. Carroll, l'évolution législative des restrictions aux investissements étrangers sur le fondement de la sécurité nationale remonte à 1917. À cette date, les États-Unis viennent d'entrer en guerre aux côtés de l'Entente et le Congrès vote une loi : le *Trading with the Enemy Act*. Cette loi autorise le Président à nationaliser les actifs détenus par des entreprises possédées par des nationaux d'États ennemis et lui permet de mettre un terme, s'il le souhaite, à toute transaction avec l'étranger⁷⁹. En l'espèce donc, elle a permis au Président Wilson de

⁷⁵*Ibid.*

⁷⁶*Ibid.*

⁷⁷WIRTH, *op. cit.*, note 67, p. 87.

⁷⁸*Ibid.*

⁷⁹*Trading with the Enemy Act*, 50 U.S.C. § 1.

nationaliser les biens des firmes allemandes et de leurs filiales américaines, notamment dans le domaine de l'industrie chimique, mais également dans celui des stations radios dans lesquelles des Allemands possédaient des actions, de peur qu'ils n'utilisent les ondes pour communiquer les positions des navires américains⁸⁰.

Cependant la fin de la guerre n'a pas permis un rétablissement au *statu quo ante bellum*. Au contraire, le régime mis en place a été renforcé. Ainsi, toutes les entreprises ex-allemandes nationalisées ont été vendues aux enchères à des entreprises américaines. Par ailleurs, en 1927, toutes les stations radios étrangères ont été rendues illégales.

Si bien que, lorsque la seconde guerre mondiale a éclaté, il restait fort peu d'actifs encore possédés par des Allemands aux États-Unis. Ceux qui restaient ont malgré tout été nationalisés à leur tour⁸¹.

b) L'après-guerre.

Dans les années qui suivent la seconde guerre mondiale, les préoccupations américaines étaient peu tournées vers la question de l'investissement étranger. La raison en était que les économies des autres États, ravagées par la guerre, offraient peu d'investisseurs susceptibles d'engager des capitaux à l'étranger et en particulier aux États-Unis.

Il faut ainsi attendre les années 1970 pour voir augmenter considérablement les investissements étrangers aux États-Unis⁸², principalement en provenance des pays du bloc de l'Ouest, malgré une crainte à l'égard d'investissements jugés importants provenant du Moyen-Orient⁸³. Ainsi, par exemple, les investissements en provenance d'Allemagne de l'Ouest ont atteint en 1979 la moitié de tous les investissements en provenance de cet État pendant les vingt-cinq années précédentes réunies⁸⁴. Plus largement, entre 1974, année du « boom »⁸⁵, et 1979, les investissements directs étrangers aux États-Unis, auraient presque doublé de 25,1 milliards à 48,5 milliards de dollars⁸⁶.

⁸⁰Edward M. GRAHAM et David M. MARCHICK, *US National Security and Foreign Direct Investment*, Washington, DC, Institute for International Economics, 2006, p. 10.

⁸¹*Id.*, p. 16.

⁸²CARROLL, *op. cit.*, note 54, p. 171.

⁸³*Ibid.*

⁸⁴Mark ANSPACH, « Congress Eyes Investment Restrictions », *Multinational Monitor*, vol. 1, n° 6, juillet 1980 [disponible à l'adresse : <http://www.multinationalmonitor.org/hyper/issues/1980/07/anspach.html>].

⁸⁵*Ibid.*

⁸⁶*Ibid.*

Face à l'augmentation des investissements, le Congrès a, dans un premier temps, souhaité s'assurer que le Président d'alors – le Président Nixon – n'abuserait pas des pouvoirs que lui conférait, même en temps de paix, le *Trading with the Enemy Act*⁸⁷, et a ainsi voté une nouvelle loi, l'*International Emergency Economic Powers Act*⁸⁸. Celle-ci n'autorisait le Président à saisir des actifs étrangers que lorsque l'état d'urgence était décrété, et l'obligeait à restituer ces mêmes actifs une fois levé l'état d'urgence.

Dans un second temps, une commission a été désignée pour faire le point sur cette nouvelle situation économique. L'étude a été menée par le *Commerce, Consumer, and Monetary Affairs Subcommittee*, présidé par Benjamin Rosenthal, membre du Congrès. Le comité a rendu en 1980 un rapport intitulé : *The Adequacy of the Federal Response to Foreign Investment in the United States*⁸⁹. Si la conclusion de ce rapport sur la nature des investissements étrangers aux États-Unis est si équilibrée qu'elle en est, somme toute, assez peu constructive, la conclusion portant sur le dispositif législatif, quant à elle, est extraordinairement critique et sans appel. Ainsi, sur les possibles bénéfices et inconvénients des investissements étrangers, le sous-comité conclut : « *While certain foreign investments (in the U.S.) are definitely beneficial, others have the potential for being detrimental. Moreover, existing investments could be made more beneficial to the U.S. economy in such areas as export generation, employment, and balance of payments* »⁹⁰. Notamment, le rapport fait état d'inquiétudes concernant l'influence de l'OPEP sur les marchés financiers américains, la mainmise de *British Petroleum* sur le pétrole d'Alaska ou encore l'acquisition de banques américaines telles que la New York's Marine Midland Banks par la Hong Kong and Shanghai Banking Corporation⁹¹.

En revanche, en ce qui concerne la législation américaine, le rapport dispose :

« *1. Federal efforts to monitor FDI in the U.S. and its impact on American National interest are so inadequate, disjointed, and poorly implemented that Federal estimates of the total*

⁸⁷CARROLL, *op. cit.*, note 54, p. 171.

⁸⁸50 U.S.C., chap. 35, §§ 1701-07.

⁸⁹Committee on Government Operations, « The Adequacy of the Federal Response to Foreign Investment in the United States », *U.S. House of Representatives, 96th Congress, 2nd Session, House Report 96-1216*, août 1980.

⁹⁰Jeffrey S. ARPAN, Edward B. FLOWERS et David A. RICKS, « Foreign Direct Investment in the United States: The State of Knowledge in Research », *Journal of International Business Studies*, Vol. 12, No. 1, Tenth Anniversary Special Issue, Palgrave Macmillan Journals, *Spring – Summer* 1981, p. 141 [disponible à l'adresse : <http://www.jstor.org/stable/154423>] (« Alors que certains investissements étrangers (aux USA) sont définitivement bénéfiques, d'autres ont potentiellement un effet néfaste. De plus, certains investissements peuvent être rendus plus bénéfiques pour l'économie américaine dans certains secteurs tels que l'exportation de produits, l'emploi, et la balance des paiements ») [la traduction est de moi].

⁹¹ANSPACH, *op. cit.*, note 84.

amount constitute little more than guesswork »⁹² – et ce alors que c'était le sous-comité lui-même qui avait commandé les chiffres de l'investissement au *Commerce Department*⁹³ ...

« 2. *The few existing Federal statutory restrictions on foreign investments in specific sectors are piecemeal, haphazard and illogical and do not protect the U.S. in many important national interest sectors* »⁹⁴.

« 3. *[T]he increased Federal government assistance to foreign investors and the modification of its historic position of "neutrality" while desirable in general, do not distinguish between investments that are beneficial to the U.S. and those which are harmful* »⁹⁵.

En particulier, le rapport dit avoir observé le comportement des dix-sept agences liées aux investissements internationaux et a conclu qu'aucune d'entre-elles ne faisait preuve d'une position un tant soit peu critique vis-à-vis de l'investissement international qu'elles acceptaient et dont elles faisaient la promotion⁹⁶. Cela peut s'expliquer par le fait qu'une partie même des soutiens de ces agences de contrôle et d'inspection n'y voyait pas tant un moyen de faire totalement barrage à l'influx d'investissements étrangers qu'un moyen de faire pression sur les États tiers pour qu'ils favorisent sur leur territoire les investissements américains⁹⁷.

Le sous-comité a alors suggéré d'abandonner la politique non-discriminatoire de neutralité et d'encouragement à l'égard des investissements étrangers et de mettre en place une autorité chargée d'enregistrer tous les investissements, de les rendre publics (rendre publics non seulement l'opération mais également le nom des acteurs et leur nationalité – y compris la nationalité de l'entreprise mère qui, au final, bénéficiera de l'opération conduite par une de ses filiales), d'évaluer les avantages et inconvénients de telles opérations, et ainsi d'instaurer des conditions d'acceptations, qui, si elles n'étaient pas respectées, feraient alors barrage à l'admission de l'investissement⁹⁸.

⁹² ARPAN, FLOWERS et RICKS, *op. cit.*, note 90, p. 141 [« Les efforts fédéraux pour contrôler les investissements étrangers aux États-Unis et leurs impacts sur les intérêts américains sont si inadéquates, incohérents et mal mis en œuvre que les estimations fédérales de la somme totale ne relève guère mieux que de la simple hypothèse »] (la traduction est de moi).

⁹³ ANSPACH, *op. cit.*, note 84.

⁹⁴ ARPAN, FLOWERS et RICKS, *op. cit.*, note 90, p. 141 [« Les quelques restrictions légales fédérales aux investissements étrangers dans les secteurs spécifiques sont décousues, hasardeuses, et illogiques et ne protègent pas les États-Unis dans de nombreux secteurs intéressants »] (la traduction est de moi).

⁹⁵ *Ibid.* [« L'aide grandissante du gouvernement fédéral aux investisseurs étrangers et l'évolution de celui-ci quant à sa position historique de neutralité, bien que souhaitable en général, ne font pas de distinctions entre les investissements qui sont bénéfiques pour les États-Unis et ceux qui leurs sont néfastes »] (la traduction est de moi).

⁹⁶ ANSPACH, *op. cit.*, note 84.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*

Cependant, ces vœux n'étaient pas aisés à mettre en place. Par exemple, le Professeur Stefan H. Robock⁹⁹, après s'être battu contre le système d'enregistrement, avait fini par en accepter le principe mais soulevait encore un problème : quels types d'enregistrements et de restrictions une autorité américaine pourrait-elle exiger alors que, jusque-là, les États-Unis avaient toujours demandé à leurs partenaires de ne pas avoir d'exigences trop fortes en la matière ? D'autres¹⁰⁰ craignaient qu'il ne s'agisse là que d'une volonté de défendre les entreprises américaines sous couvert de défense de l'indépendance nationale et demandaient déjà à ce que l'on n'abuse pas des termes de « sécurité nationale » qui ne devraient être interprétés que dans un sens très étroit¹⁰¹.

Pourtant c'est bien de « sécurité nationale » dont il est le plus question dans les années 1980¹⁰², alors que, le dollar étant plutôt faible¹⁰³, les flux d'investissements étrangers aux États-Unis, notamment en provenance du Japon, explosent, faisant passer les stocks d'investissements de 184,6 milliards de dollars en 1985 à 394,9 milliards en 1990¹⁰⁴. À l'époque, de nombreux commentateurs exprimèrent leurs craintes quant à une Amérique achetée par les Japonais¹⁰⁵. Ainsi, le journaliste du *New York Times*, Martin Tolchin, et la Professeure Susan Tolchin rédigèrent un essai intitulé *Selling Our Security*, et le romancier Michael Crichton écrivit *Rising Sun*¹⁰⁶. Ces textes, parmi de nombreux autres, suggéraient que les investissements japonais – et en particulier les acquisitions japonaises – aux États-Unis, risquaient de porter atteinte au savoir-faire technologique américain, celui-ci étant rapatrié vers le Japon. Politiquement, le Congrès suivait cette ligne. Selon C. S. Eliot Kang¹⁰⁷, les chambres étaient largement dirigées par des populistes motivés par des sentiments anti-étrangers (alors que, par exemple, les syndicats de travailleurs craignaient plutôt qu'un abus de restrictions à l'encontre des investissements étrangers n'entraînent une diminution du nombre des postes à pourvoir¹⁰⁸).

⁹⁹*Ibid.*

¹⁰⁰Voir, par exemple, Benjamin J. COHEN, *In whose interest ?*, New Haven, Yale University Press, 1986.

¹⁰¹*Ibid.*

¹⁰²GRAHAM et MARCHICK, *op. cit.*, note 80, p. 23.

¹⁰³CARROLL, *op. cit.*, note 54, p. 172.

¹⁰⁴GRAHAM et MARCHICK, *op. cit.*, note 80, p. 22.

¹⁰⁵CARROLL, *op. cit.*, note 54, p. 172.

¹⁰⁶GRAHAM et MARCHICK, *op. cit.*, note 80, p. 23.

¹⁰⁷Voir C. S. Eliot KANG, « U.S. Politics and Greater Regulation of Inward Foreign Direct Investment », *International Organization*, Vol. 51, No. 2, Cambridge, MIT Press Journals, printemps 1997 [disponible à l'adresse : <http://www.jstor.org/stable/2703452>].

¹⁰⁸CARROLL, *op. cit.*, note 54, p. 172.

En tout état de cause, le Congrès était inquiet des investissements japonais et en particulier des acquisitions japonaises d'entreprises de haute technologie, telles que la tentative par Fujitsu d'entrer pour 80% dans le capital de Fairchild, un fabricant américain de semi-conducteurs¹⁰⁹.

L'exécutif, en revanche, était, à l'époque, plutôt favorable à l'investissement international¹¹⁰. Selon C. S. Eliot Kang, cela s'explique notamment par le fait que si l'Administration restait attentive aux difficultés des entreprises américaines, elle ne partageait cependant pas les inquiétudes du Congrès ; en effet, à cette époque, contrairement à celui-ci, elle avait accès aux données du *Treasury and Commerce Department*, et savait donc que le pays ne risquait pas de passer sous emprise étrangère¹¹¹. Au contraire, le « Gouvernement » était plutôt enclin à craindre une diminution des investissements étrangers aux États-Unis, alors qu'ils constituaient la très grande majorité des capitaux entrants¹¹². Enfin, il faut relever que les relations entre le Congrès et l'exécutif étaient particulièrement mauvaises, que le Président voyait d'un très mauvais œil les tentatives des assemblées législatives pour diminuer son pouvoir de contrôle de la politique économique internationale, et qu'en réponse les Présidents Nixon puis Ford, son successeur, ont souvent voulu mettre un frein à l'activisme du législatif¹¹³. C'est ainsi que la question de la régulation des investissements étrangers a constitué le point névralgique de l'opposition entre Présidence et Congrès pendant les vingt années qui suivirent¹¹⁴.

Une bonne illustration de cette tension est, en 1987, l'affaire *Fujitsu-Fairchild*, mentionnée plus haut. Le Congrès et les opposants à l'opération craignaient que la fusion atteigne la compétitivité américaine et offre au Japon un accès aux technologies vitales des États-Unis, rendant finalement ces derniers dépendants des premiers en matière de fabrication de semi-conducteurs¹¹⁵. A l'inverse, l'Administration Reagan, craignait plutôt que faire barrage à l'opération ne rebute les investisseurs étrangers et ne perturbe les efforts faits dans le sens de l'encouragement à l'ouverture du marché japonais¹¹⁶. De plus, analyser l'opération supposait

¹⁰⁹*Id.*, p. 173.

¹¹⁰*Ibid.*

¹¹¹KANG, *op. cit.*, note 107, p. 313.

¹¹²*Ibid.*

¹¹³*Ibid.*

¹¹⁴CARROLL, *op. cit.*, note 54, p. 173.

¹¹⁵GRAHAM et MARCHICK, *op. cit.*, note 80, p. 41.

¹¹⁶*Ibid.*

de décréter au préalable l'état d'urgence, ce que ne souhaitait pas faire le Président Reagan, dans la mesure où, somme toute, le Japon était un allié en cette période de guerre froide¹¹⁷. Malgré tout, sous la pression du Congrès, le Président ordonna au *Committee on Foreign Investment in the United States*¹¹⁸ (CFIUS) de mener une enquête sur le fondement de l'*International Emergency Economic Powers Act*, afin de déterminer si l'opération posait un problème de sécurité. Selon toute vraisemblance, cependant, tout portait à croire que l'opération aurait été autorisée¹¹⁹ comme ne présentant pas de risque, ne serait-ce que parce que les termes de l'*International Emergency Economic Powers Act* ne rendaient véritablement possible le veto du Président que dans des cas extrêmes¹²⁰. Finalement, en raison de la mauvaise publicité faite, Fujitsu décida de retirer son offre, annonçant que la controverse politique suscitée aux États-Unis avait rendu l'opération non désirable¹²¹.

2) L'amendement Exon-Florio de 1988.

Malgré le retrait de Fujitsu, on reprocha à l'Administration Reagan son manque d'action. En particulier, le Sénateur Exon introduisit un projet de loi par lequel il entendait octroyer au Président un pouvoir discrétionnaire pour revoir – et agir sur – toute prise de contrôle, toute fusion, toute acquisition, tout joint-venture qui menacerait la sécurité nationale ou l'économie des États-Unis. Un projet de loi équivalent a été introduit à la Chambre des représentants par le représentant James Florio, sous le titre de *Foreign Investment, National Security, and*

¹¹⁷CARROLL, *op. cit.*, note 54, p. 173.

¹¹⁸Le CFIUS a originellement été créé par l'*Executive Order* n° 11,858 de 1975 afin de surveiller et d'évaluer l'impact des investissements étrangers aux États-Unis. Présidé par le *Secretary of Treasury*, il est en outre composé du *Secretary of State*, du *Secretary of Defense*, du *Secretary of Commerce*, de l'*Attorney General*, du *Director of the Office of Management and Budget*, de l'*United States Trade Representative*, du *Chairman of the Council of Economic Advisers*, du *Director of the Office of Science and Technology Policy*, de l'*Assistant to the President for National Security Affairs* et de l'*Assistant to the President for Economic Policy*, étant entendu que si ces deux derniers assistants du Président font formellement partie du CFIUS, ils n'y participent en pratique activement que pour aider à régler un conflit entre les différentes agences membres ou pour conseiller le Président sur une affaire particulière. La particularité du CFIUS en tant que comité inter-agences est que ces agences ont initialement des vocations différentes et parfois même opposées puisque l'on en retrouve aussi bien certaines dont le champ d'action concerne la défense ou la sécurité intérieure, alors que d'autres ont vocation à promouvoir et à favoriser l'ouverture du commerce et des politiques d'investissement. La tension au sein du Comité est ainsi recherchée. Elle permet de faire ressortir – tout en les mettant en balance – toutes les opinions utiles relatives à une myriade de considérations économiques et sécuritaires [voir GRAHAM et MARCHICK, *op. cit.*, note 80, pp. 34-35].

¹¹⁹CARROLL, *op. cit.*, note 54, p. 173.

¹²⁰En effet, le texte évoque : « *any unusual and extraordinary threat, which has its source in whole or substantial part outside the United States, to the national security, foreign policy, or economy of the United States, if the President declares a national emergency with respect to such threat* ».

¹²¹GRAHAM et MARCHICK, *op. cit.*, note 80, p. 41.

*Essential Commerce Act*¹²². Le projet incluait alors plusieurs facteurs permettant d'établir la notion de sécurité nationale, tels que la « sécurité économique », « le chômage substantiel » et l'impact sur chaque entreprise¹²³. L'idée était alors d'encourager l'Administration à protéger les intérêts nationaux et de créer des instruments légaux permettant de faire barrage à toute opération sans qu'il ne soit besoin d'invoquer l'*International Emergency Economic Powers Act*¹²⁴. En d'autres termes, donc, il s'agissait de laisser au Président le choix de considérer les aspects économiques d'une opération d'investissement¹²⁵.

Cependant l'Administration Reagan ne voulait pas entendre parler de considérations économiques, et le *Secretary of Treasury*, James Baker, laissa même entendre qu'une telle loi ferait l'objet d'un veto présidentiel, considérant que ce genre d'amendement pouvait causer « de graves dommages à l'économie américaine », car cette trop large définition de la sécurité économique risquait d'inhiber les investisseurs étrangers¹²⁶.

Face à cette menace de veto, le Congrès décida alors de retirer de son projet les clauses mentionnant les notions d' « *economic welfare* » ou encore d' « *essential commerce* »¹²⁷.

Ainsi, en 1988, entra en vigueur l'*Omnibus Trade and Competitiveness Act*, plus connu sous le nom d'amendement Exon-Florio, amendant la section 721 du *Defense Production Act* de 1950. Il n'y subsistait que la notion de sécurité nationale jamais définie afin de laisser au Président (puis au CFIUS – suite à l'*Executive Order* n° 12,661 de 1989, par lequel le Président Reagan délégua son pouvoir de contrôle à ce Comité) le choix d'en interpréter le plus largement les termes et de l'appliquer à n'importe quelle industrie¹²⁸. Pourtant, il s'agit bien là d'un problème posé par l'amendement Exon-Florio, car la définition est incertaine, ce qui n'est pas idéal en matière de sécurité juridique. Il donne au CFIUS un pouvoir très large ; si large qu'il confine même à l' « omnipotence »¹²⁹ en matière d'enquête¹³⁰. D'ailleurs, non sans une pointe

¹²²*Foreign Investment, National Security and Essential Commerce Act*, HR 3, 100th Congress, 1st sess., Public Law 100-418, § 905 c (a).

¹²³CARROLL, *op. cit.*, note 54, p. 174.

¹²⁴GRAHAM et MARCHICK, *op. cit.*, note 80, p. 41.

¹²⁵CARROLL, *op. cit.*, note 54, p. 174.

¹²⁶*Ibid.*

¹²⁷*Ibid.*

¹²⁸*Id.*, p. 175.

¹²⁹Ralph H. FOLSOM, Michael W. GORDON et John A. SPANOGLE, *Principles of International Business Transactions*, St. Paul, Thomson Reuters, 2010, p. 693.

¹³⁰GRAHAM et MARCHICK, *op. cit.*, note 80, p. 35 note 8 : les auteurs notent cependant que parler d' « enquête » du CFIUS constitue un abus dans la mesure où cette dite « enquête » n'est, en pratique, qu'un contrôle approfondi.

d'humour (ou de cynisme ?) l'amendement a été initialement surnommé le « *Lawyers Full Employment Act* »¹³¹. Il y a bien une liste de facteurs devant être contrôlés pour l'évaluation de l'implication de la sécurité nationale dans l'opération d'investissement, tels que les besoins de la production nationale nécessaires à la défense nationale, la capacité des industries nationales à répondre à ces besoins, le contrôle des industries nationales par des étrangers dans la mesure où il aurait un impact sur cette capacité, et le possible effet de la transaction sur la supériorité technologique des États-Unis dans des domaines affectant la sécurité nationale¹³². Cependant, l'éventail de ce qui pouvait relever, *a priori*, de la sécurité nationale restait si large que peu après que la loi fut passée, le CFIUS a déclaré avoir reçu une notification concernant l'acquisition d'une société de piscine¹³³... Enfin, c'est au cas par cas que le CFIUS donne son interprétation de ce qui relève, ou non, de la sécurité nationale, laissant ainsi parfois assez « décontenancées »¹³⁴ les entreprises dont les opérations faisaient l'objet d'une enquête.

Un autre problème posé par l'amendement Exon-Florio est que le mécanisme d'enquête prévu peut être actionné à tout moment. En effet le CFIUS est autorisé à revoir une transaction soit après saisine par les parties à l'opération elles-mêmes, soit après saisine par une des agences membres du Comité. Après la saisine, le CFIUS engage un premier contrôle pendant une période de 30 jours suivie éventuellement d'une enquête plus approfondie pendant une période de 45 jours. À tout instant de la procédure, les entreprises impliquées peuvent conclure un accord avec le CFIUS dont les termes permettent de réduire les risques d'atteinte à la sécurité. Un rapport est alors adressé au Président qui doit prendre ensuite sa décision dans les 15 jours¹³⁵. Or, tout investissement susceptible d'engager des problèmes relatifs à la sécurité nationale doit être notifié au CFIUS dès le début du processus de manière à permettre au gouvernement de prendre sa décision. Si d'aventure cette notification n'était pas faite, le gouvernement peut tout à fait ordonner un désinvestissement. De là résulte une incertitude pour l'investisseur quant à l'aspect définitif de son acquisition¹³⁶.

En pratique cependant, on relève que les dispositions d'Exon-Florio n'ont conduit qu'à assez peu de blocages et, dans l'ensemble, n'ont pas causé de tort particulier aux investisseurs

¹³¹FOLSOM, GORDON et SPANOGLE, *op. cit.*, note 129, p. 693.

¹³²*Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988*, Public Law n° 100-418, 102 Stat. 1107, 1426, § 5021 (e)(1)-(3).

¹³³FOLSOM, GORDON et SPANOGLE, *op. cit.*, note 129, p. 693.

¹³⁴*Ibid.*

¹³⁵GRAHAM et MARCHICK, *op. cit.*, note 80, p. 35.

¹³⁶FOLSOM, GORDON et SPANOGLE, *op. cit.*, note 129, p. 693.

étrangers.

Si bien que le Congrès restait encore favorable à l'utilisation de facteurs économiques pour réguler les investissements étrangers et, à plusieurs reprises, il y eut des tentatives d'amendements à Exon-Florio afin d'y insérer une interprétation de la « sécurité nationale » incluant expressément les facteurs économiques¹³⁷. Le sénateur Exon, par exemple, affirmait que certaines entreprises étaient si « cruciales » qu'il fallait absolument qu'elles restent sous contrôle américain¹³⁸. On peut également relever le projet de loi intitulé *Foreign Investment and Economic Security Act* de 1991 qui proposait d'inclure dans Exon-Florio la notion de « sécurité nationale et économique », mais qui n'a finalement jamais vu le jour¹³⁹.

Un amendement a été adopté avec succès, cependant. Il s'agit du *Byrd Amendment* de 1992 inséré dans la section 837 (a) du *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1993*, et rendant obligatoire une enquête « *in any instance in which an entity controlled by or acting on behalf of a foreign government seeks to engage in any merger, acquisition, or takeover which could result in control of a person engaged in interstate commerce in the United States that could affect the national security of the United States.* » Ainsi, cet amendement pose deux critères, rendant obligatoire l'enquête du CFIUS, qui diffèrent selon que l'investisseur est contrôlé, ou non, par une entité gouvernementale. Si l'investisseur est une simple entreprise privée, alors le critère est le même qu'auparavant : l'enquête du CFIUS est obligatoire dès lors que l'opération menace de porter atteinte à la sécurité nationale (« *threatens to impair the national security* »). En revanche, si l'investisseur est contrôlé par un gouvernement étranger, alors l'amendement Byrd abaisse le critère : la simple *possibilité* d'une atteinte (« *could affect* ») suffit à rendre l'enquête du CFIUS obligatoire¹⁴⁰. S'il est toujours possible pour le CFIUS d'accepter, après enquête, une opération menée par une entreprise contrôlée par un gouvernement étranger, et si même il reste, en théorie possible qu'un investissement réalisé par une telle entreprise n'entraîne pas de procédure de contrôle, l'implication d'un gouvernement étranger dans un investissement devient donc un critère clef dans le lancement d'une procédure de contrôle et le contrôle lui-même sera plus étroit avant de décider d'accepter, ou non, l'opération¹⁴¹. A cela, l'amendement Byrd, ajoute l'exigence d'un rapport au Congrès à la fin de chaque enquête, en plus du rapport au Président. Selon Christopher F. Corr,

¹³⁷CARROLL, *op. cit.*, note 54, p. 175.

¹³⁸*Ibid.*

¹³⁹GRAHAM et MARCHICK, *op. cit.*, note 80, p. 47.

¹⁴⁰CARROLL, *op. cit.*, note 54, p. 176.

¹⁴¹GRAHAM et MARCHICK, *op. cit.*, note 80, p. 37.

c'est là, bien sûr, un moyen de pression sur la procédure supplémentaire pour le Congrès qui peut ainsi en appeler à l'opinion publique¹⁴².

Jusqu'en 2001, 1391 dossiers ont été étudiés par le CFIUS, dont 19 seulement ont donné lieu à l'enquête approfondie de 45 jours. Dans huit cas l'investisseur a finalement décidé de retirer son affaire, et dans 11 cas le Président a donc dû prendre une décision. Dans un cas seulement, cette décision a été une décision de refus : il s'agit de l'affaire *China National Aero Tech (CATIC)-MAMCO Manufacturing transaction*, pour laquelle le Président Bush a ordonné, le 2 février 1990, un désinvestissement¹⁴³. Il s'agissait d'une entreprise chinoise (CATIC) qui souhaitait acquérir une entreprise aérospatiale américaine (MAMCO). CATIC était détenue par le gouvernement chinois et agissait comme agent du ministre chinois de la Défense¹⁴⁴. C'est donc au nom d'une menace pouvant peser sur la sécurité nationale que la décision a été prise. Pourtant, l'enjeu de la sécurité nationale n'était pas forcément évident et a été contesté. En effet, MAMCO n'était qu'une sorte d'équipementier pour des entreprises aérospatiales, mais seulement civiles, ce qui faisait dire à son président directeur général, Kenneth A. Keller : « *I find it hard to believe we pose a threat to national security. [...] We're no different than literally hundreds of other machine and job shops around the country* »¹⁴⁵. De plus, l'accord entre MAMCO et CATIC prévoyait que les dirigeants de MAMCO resteraient américains¹⁴⁶. Pour certains, les raisons étaient donc plutôt économiques : autoriser CATIC à acheter MAMCO permettait à CATIC d'avoir accès à des technologies pour l'utilisation desquelles elle ne paierait pas de licence¹⁴⁷ et d'éviter ainsi le droit relatif aux exportations¹⁴⁸. Cependant, à cette époque, la procédure du CFIUS reste assez peu transparente¹⁴⁹, et il est donc assez difficile d'évaluer l'impact réel d'Exon-Florio.

¹⁴²CARROLL, *op. cit.*, note 54, p. 177

¹⁴³GRAHAM et MARCHICK, *op. cit.*, note 80, pp. 56-57.

¹⁴⁴James K. JACKSON, « The Exon-Florio National Security Test for Foreign Investment », *CRS Report for Congress RS22197*, 23 février 2006, p 5.

¹⁴⁵Harriet KING, « China Ends Silence on Deal U.S. Rescinded », *The New York Times*, 20 février 1990 [disponible à l'adresse : <http://www.nytimes.com/1990/02/20/business/china-ends-silence-on-deal-us-rescinded.html?pagewanted=all&src=pm>] (« J'ai du mal à croire que nous représentions une menace pour la sécurité nationale. [...] Nous ne sommes pas différents de centaines d'autres magasins de machines et d'emplois à travers le pays ») [la traduction est de moi].

¹⁴⁶*Ibid.*

¹⁴⁷JACKSON, *op. cit.*, note 144, p. 5.

¹⁴⁸CARROLL, *op. cit.*, note 54, p. 178.

¹⁴⁹*Ibid.*

3) Le tournant du 11 septembre 2001.

Les attentats terroristes du 11 septembre 2001 ont évidemment changé la donne, particulièrement dans l'approche de la sécurité nationale, y compris en ce qui concerne la surveillance des investissements étrangers¹⁵⁰. En particulier, un élément important semble être la place accrue occupée par les acteurs non gouvernementaux dans les relations internationales. Lorsque les amendements Exon-Florio et Byrd sont adoptés, la conception du monde et les réflexes adoptés prenaient en considération l'idée selon laquelle le risque – si risque il y avait – venait des États tiers¹⁵¹. C'est pourquoi l'amendement Byrd se concentrait particulièrement sur les entreprises contrôlées par des entités étatiques. A partir du 11 septembre 2001, la politique américaine relative à la sécurité nationale a commencé à s'intéresser davantage à la menace que pouvait constituer des entités non-étatiques¹⁵². Afin de renforcer la sécurité sur le territoire, a été créé le *Department of Homeland Security*, en charge de la coordination des nouvelles mesures de sécurité, et dont la direction a rejoint le CFIUS en février 2003, ce qui a eu pour effet de déplacer le centre d'équilibre du comité du côté des agences rendant prioritaire la sécurité aux dépens de considérations économiques – notamment favorables à l'investissement étranger¹⁵³. Ce n'est sans doute pas un hasard, dès lors, si dans les années suivantes le nombre d'enquêtes menées après signalisation a explosé. Alors qu'en quatorze ans, de 1988 à 2001, on recensait 19 enquêtes, on en comptait 6 en trois ans, de 2003 à 2005, puis 7 pour la seule année 2006¹⁵⁴, 6 en 2007, 23 en 2008 et 25 en 2009¹⁵⁵.

On peut retenir deux affaires importantes et particulièrement illustratrices des débats de l'époque. Il s'agit d'une part de la tentative d'achat de Unocal par la China National Offshore Oil Corporation (CNOOC) et d'autre part de l'affaire des ports de Dubaï.

¹⁵⁰*Id.*, p. 179.

¹⁵¹*Ibid.*

¹⁵²Voir sur cette question du transfert dans la politique américaine : Christopher R. FENTON, « U.S. Policy Towards Foreign Direct Investment Post-September 11 : Exon-Florio in the Age of Transnational Security », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41, 2002.

¹⁵³GRAHAM et MARCHICK, *op. cit.*, note 80, p. 58

¹⁵⁴CFIUS, *Rapport annuel au Congrès*, version publique, période de 2007, publié en décembre 2008, p. 3, <http://www.treasury.gov/resource-center/international/foreign-investment/Documents/CFIUS-Annual-Rpt-2008.pdf>.

¹⁵⁵CFIUS, *Rapport annuel au Congrès*, version publique, période de 2009, publié en novembre 2010, p. 3, http://www.ofii.org/docs/2009_CFIUS_Report.pdf.

a) L'affaire Unocal-CNOOC.

Unocal, une société pétrolière américaine, faisait l'objet d'une bataille entre la China National Offshore Oil Corporation, une compagnie chinoise et la Chevron Corporation, une compagnie américaine, qui souhaitaient toutes les deux en faire l'acquisition. Au regard du droit, ces deux possibles acquisitions ne passaient pas par le même type de contrôle. Dans le cas d'une acquisition intra-nationale (par exemple l'acquisition d'Unocal par Chevron), l'opération est contrôlée sur le fondement du *Premerger Notification Act* par la *Federal Trade Commission* ou par l'*Antitrust Division* du Ministère de la Justice, afin de s'assurer qu'elle ne pose aucune difficulté au regard du droit de la concurrence. Dans le cas d'une opération internationale, le contrôle, s'il y a contrôle, est effectué par le CFIUS dans le cadre des amendements Exon-Florio et Byrd.

Sans entrer dans les détails du contrôle de l'opération conduite par Chevron, on relèvera simplement que la *Federal Trade Commission* en avait accepté le principe, considérant que « *the merger [...] creates no competitive risk* »¹⁵⁶.

Pour ce qui concerne la tentative de CNOOC, le gouvernement chinois savait à l'avance qu'en vertu de l'amendement Byrd, l'entreprise étant contrôlée par une entité gouvernementale, il était extrêmement probable qu'une enquête du CFIUS soit menée. Cependant, il semble qu'il était convaincu que ce ne serait là qu'une formalité et qu'aucun risque relatif à la sécurité nationale ne serait relevé¹⁵⁷.

Cependant, le 24 juin 2005, 41 membres du Congrès, aussi bien démocrates que républicains, écrivirent une lettre au Président Bush afin d'exiger un contrôle très minutieux de la part du CFIUS. Il s'agissait pour eux d'être en mesure de déterminer si la CNOOC employait des fonds du gouvernement chinois pour mener à bien son opération et s'il n'y avait pas un risque que la Chine acquiert des technologies sensibles¹⁵⁸. Cette requête a immédiatement été suivie, le 30 juin, d'une résolution votée à la Chambre des représentants¹⁵⁹, par laquelle les représentants qualifiaient le pétrole et le gaz de biens nationaux stratégiques et déclaraient qu'à leur avis, le contrôle de CNOOC sur Unocal pouvait conduire à une menace sur la sécurité nationale des États-Unis et que par conséquent le Président devait immédiatement

¹⁵⁶Federal Trade Commission, *In the Matter of Chevron Corporation and Unocal Corporation*, n° 051-0125, p. 1, <http://www.ftc.gov/os/caselist/0510125/050802statement0510125.pdf> [« la fusion [...] ne crée aucun risque concurrentiel »] (la traduction est de moi).

¹⁵⁷CARROLL, *op. cit.*, note 54, p. 180.

¹⁵⁸*Id.*, pp. 180-81.

¹⁵⁹H. Res. 344, 109th Cong.

lancer une enquête approfondie sur cette opération. Parallèlement à cela, en juillet 2005, a été voté l'*Energy Policy Act* dont la section 1837 pose l'obligation d'une enquête sur les implications vis-à-vis de la sécurité nationale dès lors qu'une opération internationale est conduite dans le secteur de l'énergie¹⁶⁰. Selon cette loi et en l'espèce, dans la mesure où l'opération avait débutée antérieurement à l'entrée en vigueur du texte, le résultat de l'enquête devait être communiqué au Congrès et au Président dans les 120 jours suivant l'entrée en vigueur du texte. L'administration Bush, quant à elle, resta tout à fait silencieuse dans cette affaire¹⁶¹. Finalement, le 2 août, CNOOC abandonna son investissement en raison de la mauvaise publicité faite et bien que considérant que sa transaction était à caractère purement commercial¹⁶². Le 10 août, les actionnaires d'Unocal approuvaient l'acquisition par Chevron. Cette affaire est intéressante à plusieurs égards. Tout d'abord elle montre le poids du Congrès, non seulement dans son rapport face à l'exécutif, mais encore dans son ingérence dans les affaires et sa capacité à obtenir le résultat souhaité. Elle met également en évidence les outils dont n'hésite pas à disposer le Congrès. D'une part il peut mobiliser l'opinion publique – et en l'espèce, force est de constater que l'idée selon laquelle la Chine, par le biais de la CNOOC propriétaire de Unocal, pouvait se servir du pétrole comme d'une arme contre les Etats-Unis en exportant la production américaine de pétrole en Chine plutôt qu'en la vendant sur place, a fait forte impression¹⁶³. D'autre part, et surtout, on remarque que le Congrès a pu redéfinir la notion même de sécurité nationale, en votant successivement une résolution et une loi *ad hoc*, élargissant de plus en plus cette notion au sens de sécurité économique, comme le souhaitaient initialement le sénateur Exxon et le représentant Florio. En effet, auparavant, les enquêtes du CFIUS ne se concentraient que sur des opérations impliquant des entreprises dont l'activité pouvait avoir un rapport avec le domaine militaire¹⁶⁴. Ce n'était pas le cas ici. Comme le relève James F. F. Carroll, sécurité nationale semble en l'espèce davantage vouloir dire « important pour l'économie américaine » – ce que le pétrole est sans aucun doute¹⁶⁵.

¹⁶⁰Janice E. RUBIN et Michael V. SEITZINGER, « Unocal : Legal Implications of Acquisition Bids by Chevron Corp. and China National Offshore Oil Corporation », *CRS Report for Congress n° RS22192*, 16 août 2005, p. 4.

¹⁶¹CARROLL, *op. cit.*, note 54, p. 181.

¹⁶²RUBIN et SEITZINGER, *op. cit.*, note 160, p. 5.

¹⁶³*Ibid.*

¹⁶⁴CARROLL, *op. cit.*, note 54, pp. 181-182.

¹⁶⁵*Id.*, p. 182.

b) L'affaire des ports de Dubaï.

Il s'agit ici de la tentative d'acquisition par Dubai Ports World, une compagnie portuaire des Émirats Arabes Unis, de la Peninsular and Oriental Steam Navigation Company, une compagnie britannique contrôlant les principales activités de six ports américains. Le 15 décembre 2005, Dubai Ports World saisit le CFIUS pour enquête, et 30 jours plus tard le CFIUS n'avait encore émis aucune objection¹⁶⁶.

Cependant, le 11 février 2006, l'Associated Press fit paraître un article qui révélait que parmi les terroristes des attentats du 11 septembre 2001, se trouvaient plusieurs ressortissants des Émirats et que les ports américains étaient vulnérables¹⁶⁷. Cette nouvelle déclencha un tollé parmi la classe politique, et certains affirmaient que Dubai Ports World pouvait être influencé par des membres d'Al-Quaïda et chercherait ainsi à réduire la sécurité des ports américains¹⁶⁸. Plus juridiquement, certains membres du Congrès invoquaient l'amendement Byrd et réclamaient, Dubai Ports World étant détenu par le gouvernement des Émirats, une enquête approfondie de 45 jours par le CFIUS et un rapport au Congrès¹⁶⁹. Encore fallait-il pour cela qu'il y ait un risque d'atteinte à la sécurité nationale. Or cela, l'administration Bush – qui, contrairement à son silence lors de l'affaire Unocal, avait décidé de s'exprimer et de prendre fermement parti pour Dubai Ports World et la décision favorable rendue par le CFIUS – le niait farouchement¹⁷⁰.

Il est vrai que le 26 octobre 2001 entrainait en vigueur le *USA Patriot Act*, qui, notamment, qualifiait d'« infrastructure critique »¹⁷¹ tous « systèmes et actifs, aussi bien physiques que virtuels, si vitaux pour les États-Unis que le dysfonctionnement ou la destruction de tels systèmes et actifs auraient un impact débilant sur la sécurité, la sécurité économique nationale, la santé ou la sûreté publique nationale ou toutes combinaisons de ces considérations »¹⁷², et que, vraisemblablement, les infrastructures portuaires pouvaient

¹⁶⁶GRAHAM et MARCHICK, *op. cit.*, note 80, p. 136.

¹⁶⁷Ted BRIDIS, « United Arab Emirates Firm May Oversee 6 U.S. Ports », *Washington Post*, 12 février 2006 [disponible à l'adresse : <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/02/11/AR2006021101112.html>].

¹⁶⁸CARROLL, *op. cit.*, note 54, pp. 182-183.

¹⁶⁹*Id.*, p. 183.

¹⁷⁰*Ibid.*

¹⁷¹*Critical infrastructure.*

¹⁷²« systems and assets, whether physical or virtual, so vital to the United States that the incapacity or destruction of such systems and assets would have a debilitating impact on security, national economic security, national public health or safety, or any combination of those matters ».

correspondre à cette large définition. D'autant que d'autres articles de la loi énoncent plusieurs secteurs de l'économie que le Congrès doit considérer comme étant les secteurs où l'on trouve des infrastructures critiques. Il s'agit du secteur des télécommunications, de l'énergie, des services financiers, de l'eau, des transports, ainsi que des infrastructures physiques et cybernétiques qui maintiennent la défense nationale, la continuité du gouvernement, la prospérité économique et la qualité de la vie aux États-Unis. À cette liste doit s'ajouter la notion de ressources, privées ou publiques, essentielles au minimum d'activité de l'économie et du gouvernement, prévu par le *Homeland Security Act* du 25 novembre 2002, qui énumère par ailleurs 17 secteurs tombant dans la définition des infrastructures critiques et ressources clefs (agriculture et alimentation, industries de la défense, énergie, santé publique, monuments et symboles nationaux, banques et secteur financier, eau et service de traitement des eaux, industrie chimique, équipements commerciaux, les barrages, les secours d'urgence, les réacteurs, matériaux et déchets nucléaires civils, le secteur des technologies de l'information, le secteur des télécommunications, les services postaux et le transport maritime, les réseaux de transports et enfin les équipements gouvernementaux¹⁷³.

Dès lors, il pouvait sembler défendable de considérer que l'acquisition d'une compagnie gérant l'activité de zones portuaires américaines ait un possible impact sur la sécurité nationale. C'est cependant oublier deux facteurs. D'une part, il était prévu qu'après la vente, la gestion de la sécurité reste aux mains des mêmes employés syndiqués américains qu'auparavant¹⁷⁴ ; d'autre part, l'entreprise gérant ces activités, la Peninsular and Oriental Steam Navigation Company, n'était déjà pas une société américaine, mais une société britannique. Cela laisse donc penser que, quand bien même aucun texte ne le prévoit, la question de l'implication de la sécurité nationale dans une opération d'investissement ne dépendrait pas seulement du secteur dans lequel elle est effectuée ou de sa nature, mais également de la nationalité de l'investisseur...

Finalement, comme souvent en pareilles circonstances, Dubai Ports World a décidé de retirer son investissement en raison de la mauvaise publicité¹⁷⁵.

Toutefois, cela n'était pas suffisant pour le Congrès qui n'avait pas apprécié que le CFIUS, dans une telle affaire, n'estime pas même nécessaire de conduire une enquête approfondie de 45 jours. Ce mécontentement est à l'origine d'un amendement supplémentaire à Exon-Florio

¹⁷³*Ibid.*

¹⁷⁴*Id.*, p. 183.

¹⁷⁵*Ibid.*

qui constitue l'état du droit positif actuel en la matière.

C. Évolution du droit français : le libéralisme contraint et forcé.

1) Un contrôle strict des investissements étrangers.

Selon Mathias Audit, le droit français en matière d'investissement international serait souvent lié à une « situation géopolitique particulière, notamment l'existence larvée ou déclarée d'un conflit armé ou d'une crise économique »¹⁷⁶. En ce sens, le droit français entretiendrait un point commun avec le droit américain.

Il est vrai que des réglementations particulières relatives aux relations économiques internationales ont pu être promulguées au cours de périodes de guerre ou, du moins, de périodes difficiles ou tumultueuses.

Ainsi, sans qu'il ne s'agisse encore de textes spécifiquement relatifs à l'investissement international, deux décrets du 9 septembre 1939 – le premier prohibant ou réglementant l'exportation des capitaux, les opérations de change et le commerce de l'or¹⁷⁷, et le second relatif aux avoirs étrangers¹⁷⁸ – avaient naturellement un impact sur (et notamment visaient à contrôler) les relations financières avec l'étranger en temps de guerre.

De même, à la Libération, plusieurs ordonnances ont, elles aussi, eu un effet restrictif. On note en particulier l'ordonnance du 7 octobre 1944 relative au dépôt des devises étrangères et des valeurs mobilières étrangères conservées sur le territoire français¹⁷⁹ ; l'ordonnance n°45-85 du 15 janvier 1945 relative au régime des avoirs étrangers en France¹⁸⁰ ; ou encore l'ordonnance n°45-86 du 16 janvier 1945 relative au recensement des avoirs à l'étranger¹⁸¹.

¹⁷⁶AUDIT, *op. cit.*, note 38.

¹⁷⁷Décret du 9 septembre 1939 prohibant ou réglementant en temps de guerre l'exportation des capitaux, les opérations de change et le commerce de l'or, JORF du 10 septembre 1939 page 11266.

¹⁷⁸Décret du 9 septembre 1939 relatif aux avoirs à l'étranger, JORF du 17 septembre 1939 page 11535.

¹⁷⁹Ordonnance du 7 octobre 1944 relative au dépôt des devises étrangères et des valeurs mobilières conservées sur le territoire français, JORF du 9 octobre 1944 page 898.

¹⁸⁰Ordonnance n°45-85 du 15 janvier 1945 relative au régime des avoirs étrangers en France, JORF du 19 janvier 1945 page 256.

¹⁸¹Ordonnance n°45-86 du 16 janvier 1945 relative au recensement des avoirs à l'étranger, JORF du 19 janvier 1945 page 254.

Cependant, la première loi française visant à répondre aux problématiques de l'investissement international, ne date que du 28 décembre 1966¹⁸². Elle est relative aux relations financières avec l'étranger. Ses modalités d'application ont d'abord été fixées par le décret n°67-78 du 27 janvier 1967 portant notamment nomenclature des investissements étrangers en France et des investissements français à l'étranger soumis à déclaration ou à autorisation préalable¹⁸³.

Le principe de la loi est posé à son article 1er. Il dispose que « [l]es relations financières entre la France et l'étranger sont libres. Cette liberté s'exerce selon les modalités prévues par la présente loi, dans le respect des engagements internationaux souscrits par la France. »

La loi présente également une exception, posée à l'article 3 et qui est celle de « la défenses des intérêts nationaux » au nom de laquelle « [l]e Gouvernement peut, [...] par décret pris sur le rapport du ministre de l'économie et des finances :

1° Soumettre à déclaration, autorisation préalable ou contrôle :

a) Les opérations de change, les mouvements de capitaux et les règlements de toute nature entre la France et l'étranger ;

b) La constitution, le changement de consistance et la liquidation des avoirs français à l'étranger ;

c) La constitution et la liquidation des investissements étrangers en France ;

d) L'importation et l'exportation de l'or ainsi que tous autres mouvements matériels de valeurs entre la France et l'étranger.

2° Prescrire le rapatriement des créances sur l'étranger nées de l'exportation de marchandises, de la rémunération de services et, d'une manière générale, de tous revenus ou produits à l'étranger.

3° Habilitier les intermédiaires pour réaliser les opérations visées au 1°, a et d ci-dessus. »

Comme l'ont relevé Dominique Carreau et Daniel Hurstel, le critère de « la défense des intérêts nationaux » était extrêmement « vague » et, « de fait, accordait un blanc-seing à l'exécutif »¹⁸⁴. Claude J. Berr ajoute ainsi : « La rigueur du système était légendaire : la

¹⁸²Loi n°66-1008 du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger, JORF du 29 décembre 1966 page 11621 [disponible à l'adresse : http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/fo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19661229&numTexte=&pageDebut=11621&pageFin=].

¹⁸³Décret n°67-78 du 27 janvier 1967 fixant les modalités d'application de la loi 661008 du 28 décembre 1966 relatives aux relations financières avec l'étranger, JORF du 29 janvier 1967 page 1073 [disponible à l'adresse : http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/fo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19670129&numTexte=&pageDebut=01073&pageFin=].

¹⁸⁴Dominique CARREAU et Daniel HURSTEL, « La nouvelle liberté des investissements directs étrangers en France », *Recueil Dalloz*, 25 juillet 1996, p. 239 et suiv. [disponible à l'adresse : <http://bu.dalloz.fr.dominop2.univ-paris1.fr/Document?ctxt=YSR0MV9zMT1sYSBub3V2ZWxsZSBsaWJlcnTDqSBkZXMgaW52ZX>

moindre infraction à ses règles souvent éphémères tombait sous le coup de l'article 459 du Code des douanes punissant de peines dissuasives "quiconque aura contrevenu ou tenté de contrevenir à la réglementation des relations financières avec l'étranger"¹⁸⁵ »¹⁸⁶. Le régime est ensuite devenu plus restrictif encore¹⁸⁷ avec le décret n°68-1021 du 24 novembre 1968¹⁸⁸ qui a rétabli un strict contrôle des investissements étrangers en France et français à l'étranger¹⁸⁹. Puis finalement, le décret n°89-938 du 29 décembre 1989¹⁹⁰ abroge et remplace les deux décrets de 1967 et 1968.

Par la suite, toutes les modifications successives du décret de 1989 ont eu pour but de « réduire toujours un peu plus le contrôle sur les investissements étrangers en France »¹⁹¹ afin de mettre le droit français en accord avec le droit européen.

2) L'influence communautaire.

En 1990, le droit français abandonne le contrôle des changes, c'est-à-dire la réglementation en matière de transferts, paiements et règlements entre la France et l'étranger, établi en 1946 avec

N0aXNzZW1bnTCp2EkczFfczM9RVTCp2EkczJfczM9RVTCp2EkczM9RVTCp2EkZmluX3MzPWZpbsKnbCRzNj1sZcKnbcRmaW49ZmluqwdqJHM3PWxlwqdqJGZpbj1maW7Cp2QkckRhdGU9bGXCp2QkZmluPWZpbsKnYyRkZWJ1dD1ub3RTZWYy2hQcm9kwqdqJGZpbj1maW4=&bresource=Liste&pagesize=10&istri=False&isabo=true&typeAction=hl&id=RECUEILCHRON19960054&produit-id=RECUEIL&famille-id=REVUES&pos=0].

¹⁸⁵Code des douanes, article 459 : « Quiconque aura contrevenu ou tenté de contrevenir à la législation et à la réglementation des relations financières avec l'étranger soit en ne respectant pas les obligations de déclaration ou de rapatriement, soit en n'observant pas les procédures prescrites ou les formalités exigées, soit en ne se munissant pas des autorisations requises ou en ne satisfaisant pas aux conditions dont ces autorisations sont assorties sera puni d'une peine d'emprisonnement de cinq ans, de la confiscation du corps du délit, de la confiscation des moyens de transport utilisés pour la fraude, de la confiscation des biens et avoirs qui sont le produit direct ou indirect de l'infraction et d'une amende égale au minimum au montant et au maximum au double de la somme sur laquelle a porté l'infraction ou la tentative d'infraction ».

¹⁸⁶Claude J. BERR, commentaire de l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 21 mai 1992, Administration des douanes c. Lesieutre, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 44, 29 octobre 1992, p.354 et suiv. [disponible à l'adresse : <http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/homesubmitForm.do>].

¹⁸⁷AUDIT, *op. cit.*, note 38.

¹⁸⁸Décret n°68-1021 du 24 novembre 1968 réglementant les relations financières avec l'étranger, JORF du 25 novembre 1968 page 11081 [disponible à l'adresse : http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19681125&numTexte=&pageDebut=11081&pageFin=].

¹⁸⁹CARREAU et HURSTEL, *op. cit.*, note 184.

¹⁹⁰Décret n°89-938 du 29 décembre 1989 réglementant les relations financières avec l'étranger, JORF du 30 décembre 1989 page 16411 [disponible à l'adresse : http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19891230&numTexte=&pageDebut=16411&pageFin=].

¹⁹¹AUDIT, *op. cit.*, note 38.

la zone franc alors que les conflits de décolonisation débutaient¹⁹². Cependant la loi de 1966 et ses réglementations d'application ont toujours posé la distinction entre la liberté de change et la liberté d'investissement, et c'est pourquoi la première n'a pas automatiquement entraînée la seconde¹⁹³. À l'époque, le droit communautaire, par le Traité de Maastricht, reprenait cette distinction, posant le principe de la liberté des changes en général et des mouvements de capitaux en particulier (art. 73 B) tout en acceptant des restrictions à ces derniers « lorsqu'ils impliquent des investissements directs » (art. 73 C et 73 D). Cette distinction semble d'ailleurs assez récurrente dans les pays industrialisés, pour autant, bien sûr, qu'ils aient une réglementation en matière de contrôle des changes ce qui, par exemple, n'a jamais été le cas des États-Unis¹⁹⁴. Cependant en droit européen, le principe, même en matière d'investissements, est la liberté, les restrictions étant les exceptions. Le droit français était ainsi en porte-à-faux avec le droit européen.

Les modifications du décret de 1989 ont été nombreuses et ont été mises en place par de nombreux textes. Ont ainsi successivement modifié et complété le décret de 1989 les décrets n°90-58 du 15 janvier 1990¹⁹⁵, n° 91-270 du 13 mars 1991¹⁹⁶ et n° 92-134 du 11 février 1992¹⁹⁷, n°94-658 du 27 juillet 1994¹⁹⁸.

La volonté de ces modifications successives était de conformer le droit français au droit communautaire et notamment à son principe de libre circulation des capitaux et des personnes. En particulier, la directive n°88-361 du 24 juin 1988¹⁹⁹ prévoyait la suppression générale des

¹⁹²GUESLIN, *op. cit.*, note 66, p. 11.

¹⁹³CARREAU et HURSTEL, *op. cit.*, note 184.

¹⁹⁴*Ibid.*

¹⁹⁵Décret no 90-58 du 15 janvier 1990 modifiant et complétant le décret no 89-938 du 29 décembre 1989 réglementant les relations financières avec l'étranger, JORF n°13 du 16 janvier 1990 page 650 [disponible à l'adresse : http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19900116&numTexte=&pageDebut=00650&pageFin=].

¹⁹⁶Décret n°91-270 du 13 mars 1991 relatif aux relations financières avec l'Afrique du Sud, JORF n°63 du 14 mars 1991 page 3618 [disponible à l'adresse : http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19910314&numTexte=&pageDebut=03618&pageFin=].

¹⁹⁷Décret no 92-134 du 11 février 1992 modifiant le décret no 89-938 du 29 décembre 1989 modifié réglementant les relations financières avec l'étranger, JORF n°36 du 12 février 1992 page 2271 [disponible à l'adresse : http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19920212&numTexte=&pageDebut=02271&pageFin=].

¹⁹⁸Décret no 94-658 du 27 juillet 1994 modifiant le décret no 89-938 du 29 décembre 1989 modifié réglementant les relations financières avec l'étranger, JORF n°176 du 31 juillet 1994 page 11151 [disponible à l'adresse : http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19940731&numTexte=&pageDebut=11151&pageFin=19940731].

¹⁹⁹Directive Européenne n°88-361 du 24 juin 1988 NO 88361 pour la mise en œuvre de l'article 67 du Traité, JOCE du 8 juillet 1988 page 5 [disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31988L0361:FR:HTML>].

restrictions aux mouvements de capitaux entre résidents des États membres. Aussi, le système français suscitait-il de vives critiques. Par exemple, comme le relève Carreau et Hurstel, « toutes les sociétés "constituées en conformité de la législation d'un État membre" de la Communauté (ainsi que de l'Espace économique européen) doivent pouvoir librement créer des entreprises nouvelles ou prendre des participations dans des entreprises existantes (voire s'en assurer le contrôle) dans tous les secteurs d'activité relevant du droit communautaire et donc à la seule exclusion de ceux, peu nombreux, où l'emprise des États est reconnue »²⁰⁰. Or le droit français contestait cette liberté, établissant, par exemple, des contrôles qui n'étaient pas prévus par le droit européen. On trouve ainsi à l'article 11 du décret de 1989 qu'une personne morale ne peut prétendre au régime de liberté des investissements que si elle est sous « le contrôle direct ou indirect » de personnes physiques résidant dans un autre État membre de la CEE. Or, ce faisant, la position de la France était contraire au droit communautaire, et ce pour deux raisons. D'une part, le critère du contrôle n'était pas retenu par le droit communautaire pour déterminer les personnes morales qui peuvent en invoquer le bénéfice. D'autre part, il n'appartenait en aucun cas à un pays membre, en l'occurrence la France, d'ajouter unilatéralement aux prescriptions du droit communautaire et d'imposer des conditions d'application nouvelles et restrictives. La Commission avait alors envisagé d'agir contre la France, mais le droit français a été modifié avant que le recours ne soit déposé²⁰¹.

La modification a eu lieu par la loi n° 96-109 du 14 février 1996²⁰² – et son décret d'application n°96-117 du 14 février 1996²⁰³ – qui est venue directement modifier la loi de 1966. Elle prévoit que le principe de liberté des relations financières avec l'étranger posé par la loi de 1966 est désormais applicable aux investissements étrangers directs et *erga omnes* au profit de tous les investisseurs, qu'ils soient communautaires ou non.

Du point de vue formel, la procédure administrative est allégée. Il est ainsi prévu que, sauf exceptions dont la liste se trouve à l'article 13, tout investisseur étranger doit établir une

²⁰⁰CARREAU et HURSTEL, *op cit.*, note 184.

²⁰¹*Ibid.*

²⁰²Loi no 96-109 du 14 février 1996 relative aux relations financières avec l'étranger en ce qui concerne les investissements étrangers en France, JORF n°39 du 15 février 1996 page 2385 [disponible à l'adresse : http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19960215&numTexte=&pageDebut=02385&pageFin=19960215].

²⁰³Décret no 96-117 du 14 février 1996 modifiant le décret no 89-938 du 29 décembre 1989 réglementant les relations financières avec l'étranger, JORF n°39 du 15 février 1996 page 2408 [disponible à l'adresse : http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19960215&numTexte=&pageDebut=02408&pageFin=19960215].

simple déclaration administrative lors de la réalisation de l'opération. Cette déclaration remplace la formalité plus lourde de la déclaration préalable exigée par la réglementation antérieure. En effet, désormais, les renseignements à donner n'ont guère de caractère inquisitorial que pour ce qui concerne les informations que l'investisseur doit fournir sur son propre actionnariat – ce afin de déterminer les personnes qui le contrôlent en dernier ressort – ainsi que sur la répartition du capital dans l'entreprise cible de l'investissement avant et après l'opération²⁰⁴. La déclaration doit être adressée à l'administration lors de la réalisation de l'investissement, c'est-à-dire à l'occasion de la matérialisation « de l'accord des parties contractantes »²⁰⁵. Par ailleurs, il est prévu que le ministre en charge de l'économie dispose d'un pouvoir d'injonction à l'encontre des investisseurs étrangers ne respectant pas la réglementation applicable en matière d'investissements sur le territoire français (la décision du ministre étant susceptible d'un recours en plein contentieux).

Des restrictions exceptionnelles persistent cependant encore. Ainsi certains investissements doivent être soumis à autorisation préalable du ministre de l'Économie et des Finances. Concrètement, l'investisseur doit présenter une demande d'autorisation auprès du ministre qui dispose d'un droit d'ajournement et/ou d'autorisation conditionnelle qu'il doit exercer dans le délai maximum d'un mois. En cas de silence de l'administration, l'autorisation est réputée acquise à l'expiration de ce même délai. Trois critères alternatifs – dont la nomenclature est similaire à celle du droit européen – sont retenus qui permettent de déterminer si l'investissement entre dans le cas d'une exception. Le premier critère vise ce qui concerne la production, le commerce et la recherche en matière d'armement et de matériels de guerre. Le second critère vise des investissements étrangers de nature à « mettre en cause l'ordre public, la santé publique ou la sécurité publique »²⁰⁶. « [S]ur ce fondement général – et en particulier le danger pour l'ordre public – [...] (o)nt été ainsi ajournés des investissements directs envisagés par des personnes étrangères interpellées pour port d'armes illégal ou au "passé trouble" ou encore par une organisation para-religieuse dont certains membres avaient été le sujet de condamnations en France »²⁰⁷. Enfin, le troisième critère vise les investissements «

²⁰⁴ Arrêté du 14 février 1996 portant fixation de certaines modalités d'application du décret n° 89-938 du 29 décembre 1989 modifié réglementant les relations financières avec l'étranger, article 5 [disponible à l'adresse : http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=11673E404C47ADFF28F51AF074A145.tpdjo06_v_1?cidTexte=JORFTEXT000000376182&dateTexte=19960215].

²⁰⁵ Arrêté du 14 février 1996 portant fixation de certaines modalités d'application du décret n° 89-938 du 29 décembre 1989 modifié réglementant les relations financières avec l'étranger, article 6.

²⁰⁶ CARREAU et HURSTEL, *op cit.*, note 184.

²⁰⁷ *Ibid.*

participant en France, même à titre occasionnel à l'exercice de l'autorité publique »²⁰⁸. Cependant, comme le relève Carreau et Hurstel, « [i]l semble que cette [dernière] disposition préventive dont le sens n'apparaît pas clairement [...] n'ait jamais eu l'occasion de jouer »²⁰⁹.

Si ainsi le droit français semblait s'être aligné sur le droit communautaire²¹⁰, un problème persistait, soulevé à l'occasion d'une question préjudicielle introduite par le Conseil d'État devant la Cour de justice des communautés européennes le 14 mars 2000 dans l'affaire Association Église de scientologie de Paris et *Scientology International Reserves Trust c/ Premier ministre*²¹¹. Il s'agissait de s'assurer de la conformité du système d'autorisation au principe de libre circulation des capitaux. Or, la Cour a estimé que, si l'adoption par les États de mesures soumettant à une autorisation préalable certaines opérations d'investissement pour des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique n'étaient pas, en elles-mêmes, contraires au principe de libre circulation des capitaux, le fait que les opérations visées soient définies de manière trop générale – comme en droit français – ne permettait pas aux investisseurs concernés de « connaître les circonstances spécifiques dans lesquelles une autorisation préalable est nécessaire » ce qui est « contraire au principe de sécurité juridique ». Dès lors, le système français devait être revu. C'est ainsi que le décret de 1989 et toutes ses modifications successives ont été abrogés par un décret n° 2003-196 du 7 mars 2003 très vite abrogé et remplacé par le décret n° 2005-1739 du 30 décembre 2005. Par ailleurs, l'ordonnance n°2000-1223 du 14 décembre 2000 a abrogé la loi de 1966 et ses ajouts et modifications prévus par la loi de 1996. Ce nouveau système constitue « aujourd'hui la pierre centrale du droit positif »²¹².

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Ibid.* : « La nouvelle réglementation des investissements étrangers directs en France dont on vient de rappeler les grands traits doit être saluée comme constituant un progrès significatif. Sans doute reste-t-il quelques anomalies juridiques dans le domaine des sanctions applicables et qui relèvent encore de l'approche frileuse du passé. Toutefois, l'essentiel demeure avec la reconnaissance du principe de la liberté des investissements directs étrangers en France. »

²¹¹ CJCE, 14 mars 2000, aff. C-54/99, Association Église de scientologie de Paris et *Scientology International Reserves Trust c/ Premier ministre*.

²¹² AUDIT, *op. cit.*, note 38.

TITRE SECOND – ÉTAT ACTUEL DES DROITS POSITIFS

À la lumière de leur évolution respective, nous pouvons désormais étudier et comprendre l'état actuel des droits américain et français. Nous en proposons ici une présentation. Dans un premier temps nous verrons le droit positif américain (A), et dans un second temps le droit positif français (B). Enfin, nous proposerons une interprétation de ces droits, en apparence semblables, mais fondamentalement différents (C).

A. Droit positif américain.

Comme nous l'avons vu, suite à l'affaire des ports de Dubaï, le Congrès exprima son mécontentement.

Le 18 janvier 2007, la représentante Maloney présenta le *National Security Foreign Investment Reform and Strengthened Transparency Act* (H.R. 556), adopté par la Chambre le 28 février 2007, par un vote de 423 pour et 0 contre²¹³, après quelques amendements répondant aux inquiétudes de l'administration Bush qui redoutait la création d'un nouveau niveau de bureaucratie et de démarches administratives supplémentaires susceptibles d'effrayer les investisseurs étrangers²¹⁴. Le 13 juin, le Sénateur Dodd présenta le *Foreign Investment and National Security Act of 2007* (S. 1610), adopté à l'unanimité par le Sénat le 29 juin 2007, en lieu et place du *National Security Foreign Investment Reform and Strengthened Transparency Act*²¹⁵. Le 11 juillet 2007, la Chambre des représentants accepta la version du Sénat et l'adopta par un vote de 370 pour et 45 contre²¹⁶.

Le 26 juillet 2007, le Président Bush signa la proposition qui devint loi sous le titre de *Foreign Investment and National Security Act* (P.L. 110-49). Il faut savoir qu'il s'était battu contre le Congrès pour que le nouveau texte ne soit pas trop protectionniste ; la loi de 2007 est

²¹³James K. JACKSON, « Summary », dans « Exon-Florio Foreign Investment Provision : Comparison of H.R. 556 and S. 1610 », *CRS Report for Congress n° RL34082*, 7 août 2007.

²¹⁴James K. JACKSON, « Exon-Florio Foreign Investment Provision : Comparison of H.R. 556 and S. 1610 », *CRS Report for Congress n° RL34082*, 7 août 2007, p. 10.

²¹⁵JACKSON, *op. cit.*, note 213.

²¹⁶*Ibid.*

donc le résultat d'un compromis²¹⁷.

Le *Foreign Investment and National Security Act*, apporte plusieurs changements à l'amendement Exon-Florio. Tout d'abord, il inclut en son sein la notion d' « infrastructures critiques » du *Patriot Act*, ainsi que les notions de « biens énergétiques »²¹⁸ et de « technologies critiques »²¹⁹. Pour la forme, la composition du CFIUS est modifiée, le *Secretary of Energy* en devenant membre.

En ce qui concerne la procédure d'enquête du CFIUS, elle connaît aussi des changements substantiels. Après saisine, le CFIUS a toujours 30 jours pour décider de mener ou non une enquête, suivis d'une période de 45 jours pour mener son enquête. À ce niveau, le changement réside dans le fait que la procédure d'enquête devient obligatoire dès lors qu'une acquisition est réalisée par une entreprise contrôlée par un gouvernement étranger (quelque soit le niveau d'inquiétude *a priori* vis-à-vis de la sécurité nationale). Elle est également obligatoire dans le cas d'une opération qui mettrait sous contrôle étranger une infrastructure critique ou un bien énergétique important²²⁰. Certains voient dans cette modification un transfert de la charge de la preuve : le CFIUS n'aurait plus à montrer qu'un investissement dans une « infrastructure critique » est susceptible de menacer la sécurité nationale ; en revanche l'investisseur devrait montrer que son opération ne menace pas la sécurité nationale²²¹. Cela dit, l'automaticité en raison de l'implication d'une « infrastructure critique » ne concerne que le déclenchement de l'enquête et non, *a priori*, son résultat. Ainsi, suite à l'enquête, le CFIUS doit faire une recommandation au Président qui dispose de 15 jours pour prendre sa décision, et qui, pour ce faire, devra pouvoir être convaincu qu'il existe des preuves tangibles que l'investissement étranger est susceptible de menacer la sécurité nationale²²².

Une fois sa décision prise, le Président peut, au besoin, demander à l'*Attorney General* de prendre des mesures appropriées dans les cours fédérales pour faire appliquer sa décision qui, en aucun cas, ne peut faire l'objet d'un recours judiciaire ; elle est discrétionnaire. Cependant, il est possible qu'une cour considère que si la loi n'autorise pas à revoir la décision du Président, elle n'exclut pas la possibilité d'un jugement sur le fond²²³. Cela serait dans l'esprit

²¹⁷CARROLL, *op. cit.*, note 54, p. 183.

²¹⁸« *Energy assets* ».

²¹⁹« *Critical technologies* ».

²²⁰CARROLL, *op. cit.*, note 54, p. 184.

²²¹*Ibid.*

²²²FOLSOM, GORDON et SPANOGLE, *op. cit.*, note 129, p. 696.

²²³*Id.*, p. 705.

du texte. En effet, celui-ci rend obligatoire la transmission par le Président d'un rapport au Congrès, l'idée étant de ne pas laisser la décision présidentielle sans contrôle. De plus, la Cour Suprême des États-Unis a, dans sa décision *Goldberg v. Kelly* de 1970²²⁴, donné une interprétation de la *Due Process Clause*, du quatorzième amendement de la Constitution américaine, en décidant qu'elle s'appliquait aux décisions administratives mêmes prises sur le fondement des intérêts de l'État²²⁵. Dans le cas, par exemple, d'un désinvestissement, l'investisseur pourrait ainsi faire valoir qu'il a subi une perte très importante, tout à fait injustifiée car inadaptée, eu égard à l'intérêt de l'État, « caché sous le nébuleux concept de la sécurité nationale »²²⁶. Cela dit, tout cela n'est que théorique. En effet, il semble que la notion de sécurité nationale soit un sujet tabou, autour duquel se développerait une sorte de « mystique »²²⁷. Ainsi, vraisemblablement, les cours refuseraient de revenir sur l'enquête menée par le CFIUS.

Enfin, sur le fond, le *Foreign Investment and National Security Act* élargit la notion de « sécurité nationale » afin d'y inclure celle de « sécurité intérieure ». Ce faisant, sans qu'il soit pour autant formellement ajouté de référence à la « sécurité économique », le Congrès a pu, selon certains auteurs, rendre la notion de « sécurité » suffisamment large pour qu'en pratique la loi nouvelle justifie les pratiques protectionnistes²²⁸. Pour autant, cela n'est pas évident. L'on peut, par exemple, étudier le cas de la Borse Company, contrôlée par l'Émir de Dubaï, qui souhaitait, en septembre 2007, entrer à 20% dans le capital de NASDAQ afin de mener avec cette dernière une série d'opérations, notamment sur OMX, une société suédoise. L'investissement étant mené par une entreprise contrôlée par un État étranger, une enquête de 45 jours a automatiquement été déclenchée par le CFIUS. Une partie du Congrès, le sénateur Schumer en tête, affirmait « faire confiance au CFIUS » pour constater que NASDAQ était une infrastructure économique importante, que si le gouvernement de Dubaï ne s'était jusqu'ici comporté que « comme un acteur économique » cela pouvait parfaitement « changer dans les cinq ans », et que par conséquent il fallait se prononcer contre cette opération²²⁹.

²²⁴*Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970) [diponible à l'adresse : <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/254/case.html>].

²²⁵On lit ainsi dans le « Syllabus » de l'affaire : « *The District Court held that only a pre-termination evidentiary hearing would satisfy the constitutional command, and rejected the argument of the welfare officials that the combination of the existing post-termination "fair hearing" and informal pre-termination review was sufficient* » ; diponible à l'adresse : <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/254/case.html>.

²²⁶FOLSOM, GORDON et SPANOGLE, *op. cit.*, note 129, p. 705.

²²⁷*Ibid.*

²²⁸Voir par exemple CARROLL, *op. cit.*, note 54, p. 185.

²²⁹Stephanie KIRCHGAESSNER, « Paulson Faces Test on Dubai's Nasdaq Offer », *Financial Times*, 26

Ceux qui étaient favorables à l'opération étaient pessimistes et craignaient que le CFIUS ne suive le Congrès alors même qu'il était extrêmement difficile de rapporter la moindre preuve d'une menace sur la sécurité nationale (à la limite, pour l'affaire CNOOC, il est vrai que l'armée utilise du pétrole, et pour l'affaire des ports de Dubaï, il est possible que des terroristes s'infiltrèrent dans le pays par voie maritime, mais où est le danger dans le fait qu'un actionnaire d'un marché électronique d'actions soit un État étranger ?)²³⁰. Selon Georges Kleinfeld, les investisseurs étrangers eux-mêmes restaient sceptiques et doutaient que la législation nouvelle ne redonne à l'Administration – plutôt qu'au Congrès – le véritable dernier mot sur une opération d'investissement²³¹. Pourtant, ces prévisions ont toutes été démenties puisque finalement le CFIUS a autorisé l'opération le 31 décembre 2007²³².

B. Droit positif français.

Désormais, le régime applicable aux investissements étrangers en France est codifié et inséré aux articles L151-1 à L151-4 du Code monétaire et financier pour la partie législative et aux articles R153-1 à R153-12 puis R-165-1 à R165-2 du même Code pour la partie réglementaire. Il ne repose plus sur la même logique et notamment effectue des distinctions qui n'existaient pas auparavant et au premier rang desquelles se trouve l'opposition entre investissements directs et investissements indirects (1). Il fixe également deux critères portant sur l'investisseur qui permettent de déterminer si l'investissement est ou non étranger : ce sont les critères de résidence et de nationalité (2). Enfin, les obligations des investisseurs étrangers et les restrictions qu'ils rencontrent varient selon leur origine, en l'occurrence selon qu'ils proviennent d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État tiers, tout en se référant toujours – comme pour le droit américain – à des concepts tels que ceux d'ordre public, de sécurité ou de défense nationale (3). L'analyse de la pratique française montre cependant les limites du rapprochement des droits français et américain (4).

septembre 2007 [disponible à l'adresse : <http://www.ft.com/cms/s/0/bcb3d182-6bc9-11dc-863b-0000779fd2ac.html#axzz1wT2MClpT>].

²³⁰CARROLL, *op. cit.*, note 54, pp. 185-86.

²³¹KIRCHGAESSNER, *op. cit.*, note 229.

²³² Bourse Dubai, *Offer to the shareholders of OMX AB*, http://www.borsedubai.ae/offer_documents/English%20Offer%20Document.pdf.

1) La notion d'investissement.

L'article R151-1 du Code monétaire et financier pose la distinction entre d'une part la notion d'investissement direct et d'autre part celle d'investissement indirect.

En ce qui concerne l'investissement direct, il dispose ainsi : « Pour les besoins statistiques mentionnés aux articles R152-1, R 152-2, R152-3 et R152-4, sont considérés comme des investissements directs étrangers en France ou français à l'étranger les opérations par lesquelles des non-résidents ou des résidents acquièrent au moins 10% du capital ou des droits de vote, ou franchissent le seuil de 10%, d'une entreprise résidente ou non résidente respectivement. Relèvent aussi de la définition statistique des investissements directs toutes les opérations entre entreprises apparentées, de quelque nature qu'elles soient, telles que prêts, emprunts ou dépôts, ainsi que les investissements immobiliers ».

De plus, « [s]ont qualifiés d'investissements directs étrangers, pour l'application de l'article R152-5 :

- a) La création d'une entreprise nouvelle par une entreprise de droit étranger ou une personne physique non résidente ;
- b) L'acquisition de tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise de droit français par une entreprise de droit étranger ou une personne physique non résidente ;
- c) Toutes opérations effectuées dans le capital d'une entreprise de droit français par une entreprise de droit étranger ou une personne physique non résidente dès lors que, après l'opération, la somme cumulée du capital ou des droits de vote détenus par des entreprises étrangères ou des personnes physiques non résidentes excède 33,33% du capital ou des droits de vote de l'entreprise française ;
- d) Les mêmes opérations effectuées par une entreprise de droit français dont le capital ou les droits de vote sont détenus à plus de 33,33% par une ou des entreprises de droit étranger ou une ou des personnes physiques non résidentes ».

A l'inverse, « [s]ont qualifiés d'investissements indirects étrangers, pour l'application de l'article R152-5, les opérations effectuées à l'étranger ayant pour effet de modifier le contrôle d'une entreprise non résidente, elle-même détentrice d'une participation ou de droits de vote dans une entreprise de droit français dont le capital ou les droits de vote sont détenus à plus de 33,33% par une ou des entreprises de droit étranger ou des personnes physiques non résidentes ».

2) Le critère de résidence.

En règle générale, « le droit international favorise le critère tiré de la nationalité de l'investisseur pour distinguer l'investissement national de l'investissement international. [...] Serait donc national l'investissement réalisé par un national en territoire national ; et serait donc international l'investissement réalisé soit par un national en territoire étranger, soit par un étranger en territoire national »²³³.

Le droit français propose un système autrement plus compliqué.

En ce qui concerne les personnes physiques, c'est non pas la nationalité mais la résidence qui est prise en considération. Est résidente en France une personne physique dont le « principal centre d'intérêt » est situé en France ; on entend par là essentiellement le lieu d'habitation principale (sauf pour « les fonctionnaires et autres agents publics français en poste à l'étranger dès leur prise de fonctions »²³⁴), sachant qu'en cas de pluralité de lieux d'habitation, il y a lieu à comparaison entre durées respectives d'occupation.

Pour les personnes morales, l'approche est plus problématique. Il arrive que l'on tienne compte de leur résidence (par exemple à l'article R151-1 2°). La détermination de la résidence est assez simple : « Sont considérés comme résidents : [...] les personnes morales françaises ou étrangères pour leur établissement en France ». Ainsi, même une filiale d'une société étrangère peut être résidente française dès lors qu'elle a son siège en France. Cependant les textes ne précisent pas ce qu'ils entendent par « personne morale française » et « personne morale étrangère ». Cela pose d'autant plus de problème qu'une autre qualification intervient ailleurs : celle d'entreprise de droit français et d'entreprise de droit étranger (qu'on retrouve, par exemple, à l'article R151-1 5°, 6° et 7°). Il s'agit là d'une référence à la nationalité de l'entreprise qui est, selon la jurisprudence²³⁵, présumée être celle de l'État du siège statutaire de la société concernée²³⁶.

²³³CARREAU et JUILLARD, *op. cit.*, note 8, p. 442.

²³⁴Code monétaire et financier, article R151-1 2°.

²³⁵Cour de cassation, Assemblée plénière, 21 décembre 1990, n° 88-15.744.

²³⁶AUDIT, *op. cit.*, note 38.

3) L'origine de l'investisseur étranger.

Le Code monétaire et financier distingue selon que l'investisseur étranger provient d'un pays membre de l'Union européenne ou d'un pays tiers.

Cela n'exclut cependant pas l'existence de dispositions communes. En particulier le principe général vaut dans tous les cas. Posé à l'article L151-1, il affirme la liberté des relations financières avec l'étranger. Ce principe connaît également des exceptions qui valent pour tous les investisseurs, mais dans certains secteurs seulement. Ainsi, l'article 40 de la loi du 30 septembre 1986²³⁷ modifiée par la loi du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur²³⁸, prévoit que les personnes physiques ou morales étrangères ne peuvent détenir plus de 20% du capital social ou des droits de vote dans les assemblées générales d'une société titulaire d'une autorisation relative à un service de radio ou de télévision par voie hertzienne terrestre assuré en langue française.

Par ailleurs, l'article R152-5 du Code monétaire et financier pose comme principe que tous « [l]es investissements étrangers réalisés en France mentionnés aux 5°, 6° et 7° de l'article R151-1 font l'objet, lors de leur réalisation, d'une déclaration administrative ». Il s'agit ici d'une simple déclaration qui n'appelle aucune réponse de l'administration mais dont est dispensé l'investisseur pour une liste de huit types d'opérations énoncées à l'article R152-5²³⁹. Dans le cas où l'obligation de déclaration n'est pas respectée, la sanction n'est pas le

²³⁷Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 dite Léotard relative à la liberté de la communication, JORF du 1 octobre 1986 page 11755 [disponible à l'adresse : http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19861001&numTexte=&pageDebut=11755&pageFin=].

²³⁸Loi n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, JORF n°56 du 7 mars 2007 page 4347 [disponible à l'adresse : http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20070307&numTexte=13&pageDebut=04347&pageFin=04356].

²³⁹Il s'agit de « 1° La création ou l'extension d'activité d'une entreprise de droit français existante détenue directement ou indirectement par des entreprises de droit étranger ou des personnes physiques non résidentes ; 2° Les accroissements de participation dans une entreprise de droit français détenue directement ou indirectement par des entreprises de droit étranger ou des personnes physiques non résidentes lorsqu'ils sont effectués par un investisseur détenant déjà plus de 50% du capital ou des droits de vote de la société ; 3° La souscription à une augmentation de capital d'une entreprise de droit français détenue directement ou indirectement par des entreprises de droit étranger ou des personnes physiques non résidentes, sous réserve qu'elle n'accroissent pas à cette occasion leur participation ; 4° Les opérations d'investissements directs réalisés entre des sociétés appartenant toutes au même groupe, c'est-à-dire étant détenues à plus de 50% directement ou indirectement, par les mêmes actionnaires ; 5° Les opérations relatives à des prêts, avances, garanties, consolidations ou abandons de créances, subventions ou dotations de succursales, accordés à une entreprise de droit français détenue directement ou indirectement par des entreprises de droit étranger ou des personnes physiques non résidentes qui la détiennent ; 6° Les opérations d'investissements directs réalisés dans des entreprises de droit français exerçant une activité immobilière autre que la construction d'immeubles destinés à la vente ou à la location ; 7° Les opérations d'investissements directs réalisés, dans la limite de 1,5 million d'euros, dans des entreprises de droit français artisanales, de commerce de détail, d'hôtellerie, de restauration, de services de proximité ou ayant pour objet exclusif l'exploitation de carrières gravières ; 8° Les acquisitions de terres agricoles ».

désinvestissement. Il s'agit d'une sanction pénale consistant en une amende égale au montant maximum applicable aux contraventions de 4ème classe²⁴⁰. Le but de cette obligation est de s'assurer que l'investissement ne se fait pas dans un secteur dans lequel une autorisation préalable serait exigée. Il existe en effet, outre les secteurs réglementés et l'obligation de déclaration, certains domaines jugés cruciaux ou sensibles et dans lesquels les investissements étrangers sont soumis à autorisation préalable. Ainsi, l'article L151-3 I dispose : « 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 :

- 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. »

Or, cet article laisse au Conseil d'État le soin de définir par décret la nature de ces activités. Eu égard à cette question, le nouveau décret présente ainsi deux originalités par rapport à celui de 1996. D'une part il opère une distinction selon l'origine de l'investisseur. D'autre part, il énumère la liste des activités soumises à autorisation préalable dans l'objectif de réparer le défaut de sécurité juridique dénoncé par la Cour de justice dans l'affaire de la scientologie.

Ainsi, en ce qui concerne les investisseurs en provenance d'un État non membre de l'Union européenne, sont considérés comme investissements au titre de l'article R153-1 du Code monétaire et financier, les opérations consistant en le fait :

- « 1° Soit d'acquérir le contrôle [...] d'une entreprise dont le siège social est établi en France ;
- 2° 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 ;
- 3° 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 est établi en France ».

Ces investissements sont ainsi soumis à autorisation préalable dans onze cas :

- « 1° Activités dans les secteurs des jeux d'argent à l'exception des casinos ;
- 2° Activités réglementées de sécurité privée ;
- 3° 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

²⁴⁰Code monétaire et financier, article R165-2.

toxiques et à prévenir les conséquences sanitaires d'une telle utilisation ;

4° Activités portant sur les matériels conçus pour l'interception des correspondances et la détection à distance des conversations, autorisés au titre de l'article 226-3 du code pénal ;

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 ;

6° 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 ;

7° 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 ;

8° 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° 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° 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° 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 ».

Mis à part, peut-être, le secteur des jeux d'argent, on note que cette liste n'est pas sans rappeler le concept américain de sécurité nationale et la liste de facteurs devant être contrôlés par le CFIUS pour l'évaluation de l'implication de la sécurité nationale dans l'opération d'investissement.

Pour les investisseurs en provenance d'un État membre de l'Union européenne, ce régime est beaucoup plus souple et connaît moins de restrictions. La définition de l'investissement est la

même que pour l'investisseur d'un pays tiers sauf le 3° – prévoyant le franchissement du 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 – qui n'est pas envisagé et ne constitue donc jamais une opération soumise à autorisation lorsqu'elle est menée par un investisseur européen.

Sont alors soumises à autorisation préalable les activités relatives aux moyens de cryptologie et les prestations de cryptologie mentionnées 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 ainsi que 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° de l'article R153-2 du Code monétaire et financier.

Sont également soumis, en vertu de l'article R153-5 du Code monétaire et financier, modifié le 7 mai 2012, à une procédure d'autorisation s'ils relèvent du 2° de l'article R. 153-3, les investissements dans les 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.

Sont également pris en compte les investissements dans les 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 1C351 et 1C352a. 2 de l'annexe I du règlement (CE) n° 1334 / 2000 du Conseil du 22 juin 2000 modifié instituant un régime communautaire de contrôle des exportations de biens et technologies 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.

On mentionne encore les investissements dans les 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 ; ainsi que les investissements dans les 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'État, dans la mesure où le contrôle de l'investissement est exigé par les nécessités de la lutte contre le terrorisme et la criminalité ; les 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. Enfin on relève les investissements dans les 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.

Là encore, la liste évoque les notions d'ordre public, de sécurité, de défense nationale qui ne sont pas sans rappeler le droit américain. Pourtant, lors d'investissements de grande ampleur, l'approche française, même critique, a toujours été différente de la pratique américaine.

4) La pratique française.

Le 27 juillet 2005, le Premier ministre Dominique de Villepin réagissait aux rumeurs prêtant à l'entreprise américaine PepsiCo l'intention de s'emparer de Danone en ces termes : « 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 »²⁴¹. Ce thème de patriotisme économique, très bien vu dans l'opinion publique française mais considéré comme un protectionnisme camouflé et donc assez vivement critiqué par les milieux économiques, ne semble pas avoir toujours été d'actualité²⁴². Ainsi, l'acquisition à 100% en 2000 du Crédit commercial de France par la banque HSBC ne semble pas avoir soulevé de débat et est même considérée comme ayant été bénéfique pour

²⁴¹Rapport d'information du Sénat, *op. cit.*, note 21.

²⁴²*Ibid.*

les deux entreprises²⁴³. De même, on semble ne retenir du rachat des Chantiers de l'Atlantique par le groupe norvégien Aker Yards que le regain d'activité inespéré qui s'en est suivi²⁴⁴.

En revanche l'offre publique mixte d'achat du New York Stock Exchange sur Euronext le 23 avril 2007, a suscité de très nombreuses critiques. Elle a notamment « été perçue par certains observateurs et professionnels comme le prélude à une évaporation des compétences et opérations de la Place de Paris et à une "américanisation" rampante de la réglementation boursière, au détriment de la constitution d'un pôle européen (avec une cotation en euros) qu'aurait représenté une fusion avec la Deutsche Börse »²⁴⁵. Il est intéressant ici de constater, cependant, que ces critiques n'ont jamais tenté de s'appuyer sur les articles du Code monétaire et financiers, contrairement à certaines tentatives d'observateurs américains qui avaient tenté d'invoquer la « sécurité nationale » pour empêcher le rapprochement entre la Borse Company et NASDAQ. De même, jamais les notions d'ordre public ou de sécurité n'ont été avancées lorsqu'en réponse à l'offre publique d'achat – d'ailleurs toujours virtuelle – lancée par la société italienne Enel sur Suez, le gouvernement avait présenté le projet de fusion entre Suez et Gaz de France²⁴⁶.

De cela il ressort que la pratique française va sans complexe au-delà de ses textes derrière lesquels elle ne cherche pas à cacher une politique protectionniste – ou, à tout le moins, franchement « économiquement patriote ».

C. Entre protectionnisme et libéralisme, deux droits semblables en apparence mais fondamentalement différents.

Plusieurs pistes d'interprétation peuvent être envisagées pour donner du sens aux droits américain et français. Il y a tout d'abord le positionnement critique et/ou craintif de chacun face au fait de la mondialisation et en particulier face à ses nouveaux aspects. Ensuite, cette prise de position cache ou se cache parfois derrière une forme de xénophobie. En tout état de cause, chacun de ces droits reste conforme à sa tradition juridique, celle de *common law* pour le droit américain et celle de droit romain pour le droit français.

²⁴³*Ibid.*

²⁴⁴*Ibid.*

²⁴⁵*Ibid.*

²⁴⁶*Ibid.*

1) Xénophobie et peur de la mondialisation.

Le droit américain en matière d'admission des investissements étrangers, à l'origine si libéral, semble donc avoir suivi au fil des ans la voie du protectionnisme. Toujours fondé sur la notion de « sécurité », ce protectionnisme apparaît d'abord en temps de guerre puis cherche à s'imposer ensuite, même en temps de paix. De là, on comprend naturellement le mot de « sécurité » dans un sens quasi militaire. La « sécurité nationale » serait presque un synonyme de « défense nationale ». Et ce mot « défense » doit d'ailleurs être maintenu même lorsque celui de « sécurité » s'étend à la « sécurité économique » et que la protection vire au protectionnisme. Le protectionnisme est en effet une théorie économique prônant la préservation de l'économie nationale²⁴⁷. Il y a donc la volonté de se protéger de l'investisseur étranger et de ce qu'il pourrait faire, en tant que menace potentielle. Or, le protectionnisme américain semble parfois se diriger contre des investisseurs ressortissants de pays alliés qui, en théorie, ne représentent donc pas une menace pour les États-Unis. En ce sens on pourrait comparer l'attitude américaine à une sorte de xénophobie²⁴⁸, peut-être pas nécessairement dans la définition stricte du terme comme « hostilité à ce qui est étranger »²⁴⁹ mais plutôt d'un point de vue étymologique (« xéno-phobie ») comme « peur de ce qui est étranger ». Franche hostilité à l'égard de l'ennemi allemand en temps de guerre, peur du Japon, pourtant allié, mais en pleine expansion, peur de manquer de pétrole ou de devoir le payer trop cher au profit de la Chine tout au plus amie, et en pleine expansion elle-aussi, peur des pays arabes et du terrorisme islamiste. Cela dit, cette théorie doit être nuancée.

Deux cas sont possibles. Soit les partisans de la notion de « sécurité nationale », entendue au sens large, considèrent effectivement que les Japonais – par exemple – représentent, au travers de leur économie, un danger direct et réel pour les États-Unis, soit ils n'utilisent la « sécurité nationale » que comme un prétexte afin d'obtenir le même résultat qu'une politique protectionniste mais sans avoir besoin de remettre en cause les fondements libéraux du système économique du pays. Il arrive même que des personnalités politiques de bords très différents se retrouvent, pour des causes distinctes, à employer des moyens communs pour

²⁴⁷ « Protectionnisme », *Trésor de la langue française* : « Doctrine préconisant, ou système mettant en pratique un ensemble de mesures restrictives ou prohibitives pénalisant l'introduction dans un pays de produits étrangers, afin de favoriser les activités nationales et de les préserver de la concurrence étrangère », <http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv5/advanced.exe?8;s=2172549765;>

²⁴⁸ CARROLL, *op. cit.*, note 54, pp. 186-87.

²⁴⁹ Josette REY-DEBOVE, Alain REY, « Xénophobie », dans *Le nouveau petit Robert*, Paris, Dictionnaire Le Robert, 1994, p. 2426.

aboutir à une même fin. Ainsi, James Florio, James Exon ou Robert Byrd étaient démocrates, mais, lors de l'affaire des ports de Dubaï, c'est bien un Congrès majoritairement républicain (au Sénat comme à la Chambre des représentants) qui s'est opposé à l'Administration non moins républicaine pourtant du Président Bush. C'est d'ailleurs une représentante républicaine qui aurait écrit au Président Bush : « *Dear Mr. President: In regards to selling American ports to the United Arab Emirates, not just NO but HELL NO !* »²⁵⁰. Puis, suite à cette affaire, en 2007, c'est un Congrès démocrate qui a voté le *Foreign Investment and National Security Act*. Les deux interprétations du droit américain semblent justifiées. D'une part, et sans doute le choc des attentats du 11 septembre 2001 a favorisé le développement de ce positionnement ; il y a une véritable peur de certains investisseurs étrangers. Ainsi, si dans les années 1970, les craintes sont aussi bien tournées vers l'influence des pays de l'OPEP sur l'économie américaine que vers la mainmise de BP sur le pétrole d'Alaska, l'affaire des ports de Dubaï en 2006 met en évidence que le problème n'est pas tant que les ports américains soient sous contrôle étranger (ils étaient sous contrôle britannique avant la proposition de rachat par Dubaï) mais qu'ils passent sous contrôle des Émirats Arabes Unis. D'autre part, le droit américain change au fur et à mesure que son contexte, en particulier celui de la mondialisation, évolue. Comme le relève Thomas Wälde, le phénomène de mondialisation est ancien mais il s'accroît et s'accélère depuis quelques années « principalement grâce à l'utilisation d'ordinateurs, d'instruments de communication électronique ou d'Internet ». Or, selon lui, « [c]'est l'accélération des changements économiques et sociaux qui crée l'anxiété [à l'égard de la mondialisation] ». Or l'importance de ce changement est évident dans l'économie américaine. De seul investisseur au lendemain de la guerre, ils sont désormais aussi bien investisseur que terre d'investissement. En d'autres termes, l'économie américaine vit désormais sous la contrainte d'autres économies développées. Il est dès lors tout à fait compréhensible que les canons libéraux d'antan soient quelques peu révisés aujourd'hui.

2) Un protectionnisme décomplexé.

La France aussi connaît un système discriminant sur le fondement de l'origine de l'investisseur (selon qu'il est, ou non, d'origine européenne). Il est d'autant plus aisé de l'affirmer que la distinction est faite expressément dans le Code monétaire et financier et ne laisse donc aucun

²⁵⁰CARROLL, *op. cit.*, note 54, p. 182 [« Monsieur le Président : en ce qui concerne la vente de ports américains aux Emirats Arabes Unis, pas seulement NON, mais NON SURTOUT PAS ! »] (la traduction est de moi).

doute. Peut-on, pour autant, parler de xénophobie dans le système juridique français en matière d'investissement étranger ? Peut-être lorsque dans la pratique (affaires PepsiCo-Danone ou Euronext-NYSE) semble ressortir une forme d'antiaméricanisme, par ailleurs assez traditionnel en France. Peut-être aussi lorsqu'à la lecture des conditions nécessaires à l'obtention de l'autorisation préalable, on en vient à penser que « le caractère sensible d'une activité dépend avant tout de l'État [européen ou non] dans lequel est implanté l'investisseur étranger »²⁵¹. Cependant, l'on doit tout de même saisir une différence essentielle dans l'esprit de chacun des deux droits. Le droit français accorde une préférence aux investisseurs européens dans le but de se conformer au droit communautaire (plus exactement, le droit communautaire forçait le droit français à être plus favorable qu'il ne l'était vis-à-vis des investisseurs européens, la discrimination contre les autres investisseurs n'étant pas du tout une obligation européenne ; cette discrimination a d'ailleurs été sujette à critiques de la part de la Commission européenne²⁵²), alors que la pratique américaine semble rejeter certains investisseurs à raison de leur origine sur un critère souple qui dépend du contexte économique et géopolitique du moment.

Les motivations de la législation française sont donc peut-être à trouver [aussi] ailleurs. Du reste, l'argument économique est beaucoup plus clair et s'assume dans un protectionnisme économique qu'il faut bien pouvoir qualifier de décomplexé. On a déjà cité les déclarations du Premier ministre Dominique de Villepin en date du 27 juillet 2005. À celles-ci s'ajoute également sa réaction du 31 janvier 2006 sur l'OPA menée par Mittal Steel sur Arcelor appelant « les chefs d'entreprise français à "s'organiser" pour "résister à des attaques" comme celle du numéro un mondial de l'acier, Mittal Steel, sur Arcelor. "Nous sommes dans une économie ouverte", a-t-il argumenté, appelant "chacun" à "prendre ses responsabilités" »²⁵³. On peut également relever que lorsque le législateur, par l'article 30 de la loi du 9 décembre 2004²⁵⁴ de simplification du droit, a modifié le système d'autorisation préalable antérieur en donnant plus de pouvoirs au ministre de l'Économie pour contrôler les investissements étrangers, l'objectif était de protéger davantage l'industrie française²⁵⁵. De cela il ressort que l'État a voulu s'enga-

²⁵¹Eric A. CAPRIOLI, « Sécurité des systèmes d'information », *JurisClasseur*, LexisNexis, mars 2006, p. 43.

²⁵²*Id.*, p. 44.

²⁵³Anon., « Après la France, le Luxembourg s'oppose à l'OPA de Mittal Steel sur Arcelor », *Le Monde*, 1er février 2006, http://www.lemonde.fr/economie/article/2006/01/31/le-luxembourg-et-la-france-unis-contre-l-opa-de-mittal-steel-sur-arcelor_736530_3234.html.

²⁵⁴Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, JORF n°287 du 10 décembre 2004 page 20857 [disponible à l'adresse : http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20041210&numTexte=1&pageDebut=20857&pageFin=20875].

²⁵⁵CAPRIOLI, *op. cit.*, note 251, p. 42.

ger dans les affaires d'entreprises privées afin de défendre ce qu'il considère comme ses intérêts et qu'il a, à cette fin, utilisé le droit²⁵⁶.

3) Des droits conformes à leur tradition juridique.

Bien qu'outil de volontés économiques et politiques, les droits français et américain en matière d'admission des investissements, restent tout à fait conformes à leur tradition juridique.

Ainsi, quelle que soit l'option retenue pour comprendre le droit américain, on retrouve ce caractère d'un droit typique de *common law*, éminemment casuistique et, comme souvent, politiquement motivé²⁵⁷. D'ailleurs, au vu de sa composition, on ne peut douter du rôle avant tout politique joué par le CFIUS dans un exercice de contrôle dont le juge est totalement exclu (alors que les décisions de l'administration française sont susceptibles d'un recours en plein contentieux et parfois même d'un recours devant les juridictions européennes). Comme le remarque Lord Goff : « il est important que l'élément dominant dans le développement du droit soit la réaction professionnelle aux configurations factuelles individuelles plutôt que l'élaboration théorique de principes juridiques »²⁵⁸. On ne s'étonne donc pas non plus de ne jamais trouver des définitions précises de ce qu'est la « sécurité nationale ». Georg Simmel précise ainsi qu'en *common law*, « l'idéal de la symétrie et de la perfection logique, qui donne son sens, à partir d'un point unique, à chaque élément particulier, est rejeté au profit de cet autre qui laisse chaque élément s'épanouir en toute indépendance, à partir de ses propres conditions, faisant ainsi apparaître l'ensemble sous l'aspect d'un phénomène sans règle »²⁵⁹. Or ce choix est parfaitement revendiqué par le *common law*, qui préfère à la fixité du texte les faits qui « sont l'instrument de sa raisonnable et de sa flexibilité » et d'où découle donc « l'expression de la justice »²⁶⁰. À ce titre, il est intéressant de constater que le droit américain, et plus largement de *common law*, se félicite de sa souplesse, quitte à ce que soit sacrifiée, au moins en partie, la sécurité juridique de l'investisseur, incapable de prévoir si son investissement pourra ou non être maintenu, ce qui peut avoir, économiquement, des effets négatifs,

²⁵⁶*Id.*, p. 43.

²⁵⁷Voir Pierre LEGRAND et Geoffrey SAMUEL, *Introduction au common law*, Paris, La Découverte, 2008, pp.64-68.

²⁵⁸Cité par : LEGRAND et SAMUEL, *op. cit.*, note 257, p. 68.

²⁵⁹LEGRAND et SAMUEL, *op. cit.*, pp. 67-68.

²⁶⁰*Id.*, p. 68.

notamment celui d'envoyer aux investisseurs un message selon lequel l'ère de l'ouverture à l'investissement étranger est en passe d'être révolu »²⁶¹.

À l'inverse, c'est précisément en raison du défaut de sécurité juridique accordé à l'investisseur que le droit français, sous impulsion européenne, a dû être modifié en profondeur entre 1996 et 2005 (on note d'ailleurs que l'Union européenne, par nature tiraillée entre les deux traditions juridiques principales qui la constituent a, à ce sujet, opté pour la tradition romaine, ne choquant donc pas le droit français par sa forme, mais ce afin, paradoxalement, de faire plus aisément appliquer une doxa économique considérée comme étant d'origine plutôt anglo-américaine). Le droit français élabore donc méthodiquement un véritable système à tiroirs où chaque catégorie, chaque élément, sont préalablement définis. Il établit des distinctions qui, comme souvent, sont binaires – investisseurs en provenance d'un État membre de l'Union européenne ou investisseurs en provenance d'un État tiers – et énumère le plus précisément possible les cas envisagés d'exceptions et d'interdits, ce à des fins de prévisions.

²⁶¹CARROLL, *op. cit.*, note 54, p. 188 : « the age of openness to foreign direct investment is coming to a close ».

CONCLUSION

Les droits américain et français paraissent donc très ressemblants. En droit, ils prônent tous deux une ouverture *a priori* à l'investissement étranger et ne fixent comme limite que quelques secteurs jugés stratégiques dans lesquels l'investissement est encadré ou interdit ou, plus généralement, considèrent que dès lors que des questions comme celles de la sécurité, de l'ordre public ou de la défense, sont mises en jeu, l'investissement doit être contrôlé et nécessite une procédure d'autorisation préalable. En fait, les barrages à l'investissement étranger vont, dans les deux systèmes, parfois très au-delà de la lettre de leur texte, qu'ils tentent ou non, malgré tout, de s'y rattacher.

Cependant, la similarité s'arrête là. En effet, ces deux droits ont leurs fondements et leur évolution propres. Leur questionnement, leur moteur, leur sens, leurs contradictions ne sont en rien semblables. Tout au plus, ces droits sont actuellement au croisement de leur voie, d'où une impression d'identité, mais jusqu'à présent du moins, ils ne suivent pas le même chemin.

C'est en tout cas la conclusion qu'il semble falloir tirer de l'analyse de la législation spécifique à l'investissement étranger dans chacun des deux droits. Il serait en effet particulièrement pertinent d'enrichir ce mémoire par l'analyse d'autres matières du droit qui ont un impact évident sur l'investissement étranger ; en particulier le droit fiscal et le droit de la concurrence. Est également intéressante, la question très actuelle, qui n'a pu être traitée ici, du contrôle des capitaux qui s'exprime généralement, comme pour le commerce de n'importe quel bien, en termes de protection tarifaire, droit de douane et restriction quantitative. Dans ce cas, l'effort protectionniste ne cherche plus seulement à encadrer l'investissement au regard de sa nature ou du secteur dans lequel il s'implante, mais vise directement à limiter le mouvement de capital qui constitue l'investissement, dès lors qu'il cherche à entrer sur le territoire de l'État.

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et recueils d'articles.

Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2010.

Jacques DERRIDA, *De la grammatologie*, Paris, Les éditions de minuit, 1967.

Rudolf DOLZER et Christoph SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008.

Georges DUHAMEL, *Scènes de la vie future*, Paris, Mercure de France, 1939 [1930].

Ralph H. FOLSOM, Michael W. GORDON et John A. SPANOGLE, *Principles of International Business Transactions*, St. Paul, Thomson Reuters, 2010.

Edward M. GRAHAM et David M. MARCHICK, *US National Security and Foreign Direct Investment*, Washington, DC, Institute for International Economics, 2006.

André GUESLIN, *L'économie ouverte 1948-1990*, dans *Nouvelle histoire économique de la France contemporaine*, vol. 4, sous la dir. d'André GUESLIN, Paris, La Découverte, 1994.

Pierre LEGRAND et Geoffrey SAMUEL, *Introduction au common law*, Paris, La Découverte, 2008.

Thomas POLLAN, *Legal Framework for the admission of FDI*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2006.

Thomas WÄLDE, *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, Paris, A. Pédone, 2004.

Laurent WIRTH, *L'exception française 19^e-20^e siècles*, Paris, Armand Colin, 2000.

Revue et périodiques.

Mark ANSPACH, « Congress Eyes Investment Restrictions », *Multinational Monitor*, vol. 1, n° 6, juillet 1980.

Jeffrey S. ARPAN, Edward B. FLOWERS et David A. RICKS, « Foreign Direct Investment in the United States: The State of Knowledge in Research », *Journal of International Business Studies*, Vol. 12, No. 1, Tenth Anniversary Special Issue, Palgrave Macmillan Journals, *Spring – Summer* 1981

Mathias AUDIT, « Droit des investissements. Régime du droit interne », *Jurisclasseur Droit International*, Fasc. 572-55, LexisNexis, 2009.

Claude J. BERR, commentaire de l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 21 mai 1992, Administration des douanes c. Lesieutre, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 44, 29 octobre 1992.

Eric A. CAPRIOLI, « Sécurité des systèmes d'information », *JurisClasseur*, LexisNexis, mars 2006.

Dominique CARREAU et Daniel HURSTEL, « La nouvelle liberté des investissements directs étrangers en France », *Recueil Dalloz*, 25 juillet 1996.

James F. F. CARROLL, « Back to the Future: Redefining the Foreign Investment and National Security Act's Conception of National Security », *Emory International Law Review*, vol. 23, 2009.

Benjamin J. COHEN, *In whose interest ?*, New Haven , Yale University Press, 1986.

Christopher R. FENTON, « U.S. Policy Towards Foreign Direct Investment Post-September 11 : Exon-Florio in the Age of Transnational Security », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41, 2002.

Patrick JUILLARD, « A propos du décès de l'A.M.I. », *Annuaire français de droit international*, vol 44, 1998.

C. S. Eliot KANG, « U.S. Politics and Greater Regulation of Inward Foreign Direct Investment », *International Organization*, Vol. 51, No. 2, Cambridge, MIT Press Journals, printemps 1997.

Textes législatifs et réglementaires et traités internationaux.

- Droit français.

Décret du 9 septembre 1939 prohibant ou réglementant en temps de guerre l'exportation des capitaux, les opérations de change et le commerce de l'or, JORF du 10 septembre 1939.

Décret du 9 septembre 1939 relatif aux avoirs à l'étranger, JORF du 17 septembre 1939.

Décret n°67-78 du 27 janvier 1967 fixant les modalités d'application de la loi 661008 du 28 décembre 1966 relatives aux relations financières avec l'étranger, JORF du 29 janvier 1967.

Décret n°68-1021 du 24 novembre 1968 réglementant les relations financières avec l'étranger, JORF du 25 novembre 1968.

Décret n°89-938 du 29 décembre 1989 réglementant les relations financières avec l'étranger, JORF du 30 décembre 1989.

Décret no 90-58 du 15 janvier 1990 modifiant et complétant le décret no 89-938 du 29

décembre 1989 réglementant les relations financières avec l'étranger, JORF n°13 du 16 janvier 1990.

Décret n°91-270 du 13 mars 1991 relatif aux relations financières avec l'Afrique du Sud, JORF n°63 du 14 mars 1991.

Décret no 92-134 du 11 février 1992 modifiant le décret no 89-938 du 29 décembre 1989 modifié réglementant les relations financières avec l'étranger, JORF n°36 du 12 février 1992.

Décret no 94-658 du 27 juillet 1994 modifiant le décret no 89-938 du 29 décembre 1989 modifié réglementant les relations financières avec l'étranger, JORF n°176 du 31 juillet 1994.

Décret no 96-117 du 14 février 1996 modifiant le décret no 89-938 du 29 décembre 1989 réglementant les relations financières avec l'étranger, JORF n°39 du 15 février 1996.

Ordonnance du 7 octobre 1944 relative au dépôt des devises étrangères et des valeurs mobilières conservées sur le territoire français, JORF du 9 octobre 1944.

Ordonnance n°45-85 du 15 janvier 1945 relative au régime des avoirs étrangers en France, JORF du 19 janvier 1945.

Ordonnance n°45-86 du 16 janvier 1945 relative au recensement des avoirs à l'étranger, JORF du 19 janvier 1945.

Loi n°66-1008 du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger, JORF du 29 décembre 1966.

Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 dite Léotard relative à la liberté de la communication, JORF du 1 octobre 1986.

Loi no 96-109 du 14 février 1996 relative aux relations financières avec l'étranger en ce qui concerne les investissements étrangers en France, JORF n°39 du 15 février 1996.

Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, JORF n°287 du 10 décembre 2004.

Loi n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, JORF n°56 du 7 mars 2007.

Arrêté du 14 février 1996 portant fixation de certaines modalités d'application du décret n° 89-938 du 29 décembre 1989 modifié réglementant les relations financières avec l'étranger.

- **Droit américain et de *common law*.**

Magna Carta.

Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment.

Alien Land Law, ch. 340, § 1, 24 Stat. 476, 3 mars 1887.

International Investment and Trade in Services Survey Act, 22 U.S.C. §§ 3101 (b), 1976.

22 U.S.C. §3103.

Agricultural Foreign Investment Disclosure Act, 7 U.S.C. § 3501.

Trading with the Enemy Act, 50 U.S.C. § 1.

50 U.S.C., chap. 35, §§ 1701-07.

Foreign Investment, National Security and Essential Commerce Act, HR 3, 100th Congress, 1st sess., Public Law 100-418, § 905.

Omnibus Trade and Competitiveness Act, Public Law 100-418, 102 Stat. 1107, 1426, § 5021.

H. Res. 344, 109th Cong.

USA Patriot Act.

Homeland Security Act.

- **Droit international.**

Charte des droits et devoirs économiques des États, 12 décembre 1974.

Déclaration de l'Union européenne et des États-Unis sur les principes communs en matière d'investissements internationaux.

- **Droit communautaire.**

Directive Européenne n°88-361 du 24 juin 1988 NO 88361 pour la mise en œuvre de l'article 67 du Traité, JOCE du 8 juillet 1988.

Décisions jurisprudentielles.

- **Droit français.**

Cour de cassation, Assemblée plénière, 21 décembre 1990, n° 88-15.744.

- **Droit américain.**

Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970).

- **Droit communautaire.**

CJCE, 14 mars 2000, aff. C-54/99, Association Église de scientologie de Paris et *Scientology International Reserves Trust* c/ Premier ministre

Traité de Maastricht.

Rapports publics.

- Rapports français.

Christian GAUDIN, « La bataille des centres de décision : promouvoir la souveraineté économique de la France à l'heure de la mondialisation », *Rapport d'information du Sénat n° 347*, session ordinaire de 2006-2007, 22 février 2007.

Rapport de l'Agence Française pour les Investissements Internationaux.

- Rapports américains.

Alexander HAMILTON, « Report on Manufactures », *Annals of Congress*, vol. 3, 5 décembre 1791.

Janice E. RUBIN et Michael V. SEITZINGER, « Unocal : Legal Implications of Acquisition Bids by Chevron Corp. and China National Offshore Oil Corporation », *CRS Report for Congress n° RS22192*, 16 août 2005.

Michael V. SEITZINGER, « Foreign Investment in the United States : Major Federal Statutory Restrictions », *CRS Report for Congress RL33103*, 27 mars 2008.

James K. JACKSON, « Exon-Florio Foreign Investment Provision : Comparison of H.R. 556 and S. 1610 », *CRS Report for Congress n° RL34082*, 7 août 2007.

James K. JACKSON, « The Exon-Florio National Security Test for Foreign Investment », *CRS Report for Congress RS22197*, 23 février 2006.

CFIUS, *Rapport annuel au Congrès*, version publique, période de 2007, publié en décembre 2008.

CFIUS, *Rapport annuel au Congrès*, version publique, période de 2009, publié en novembre 2010.

Committee on Government Operations, « The Adequacy of the Federal Response to Foreign Investment in the United States », *U.S. House of Representatives, 96th Congress, 2nd Session, House Report 96-1216*, août 1980.

Federal Trade Commission, *In the Matter of Chevron Corporation and Unocal Corporation*, n° 051-0125.

- Rapports internationaux.

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2011*, UNCTAD/WIR/2011, 2011.

Articles de presse.

Anon., « Après la France, le Luxembourg s'oppose à l'OPA de Mittal Steel sur Arcelor », *Le Monde*, 1er février 2006.

Ted BRIDIS, « United Arab Emirates Firm May Oversee 6 U.S. Ports », *Washington Post*, 12 février 2006.

Harriet KING, « China Ends Silence on Deal U.S. Rescinded », *The New York Times*, 20 février 1990.

Stephanie KIRCHGAESSNER, « Paulson Faces Test on Dubai's Nasdaq Offer », *Financial Times*, 26 septembre 2007.

Autres sources.

Pierre Servan-Schreiber, « Approche comparée des investissements internationaux entre la France et les Etats-Unis », colloque organisé autour du thème du cadre juridique des investissements internationaux, par l'Association Droit et Affaires, à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, Paris, 11 avril 2012.

Commission européenne, « L'UE et les États-Unis adoptent un programme pour un climat d'investissement ouvert et stable », *Conférence de presse*, 10 avril 2012.

Commission européenne, « Nouvelle du commerce de l'UE : un rapport de l'UE fait état d'une hausse du protectionnisme », *Revue de presse hebdomadaire du commerce extérieur*, 8 juin 2012.

Bourse Dubai, *Offer to the shareholders of OMX AB*.

Josette REY-DEBOVE, Alain REY, « Xénophobie », dans *Le nouveau petit Robert*, Paris, Dictionnaire Le Robert, 1994.

Trésor de la langue française (site internet).