

Protection des intérêts stratégiques dans les entreprises

(Version 2020/2021)

1. Notion de protection des intérêts stratégiques dans les entreprises

Les investissements réalisés dans certaines entreprises, peuvent porter atteinte à des intérêts fondamentaux de la Nation, que certaines réglementations ayant vocation à encadrer les activités économiques n’ont pas pour objet de prévenir. Ces intérêts, parfois dits « supérieurs » ou « sensibles » ou « stratégiques », sont susceptibles d’être protégés par **deux types** d’outils distincts.

Les personnes publiques, en particulier l’État auquel la défense de ces intérêts stratégiques incombe en premier lieu, assurent la préservation de ces intérêts :

- soit en acquérant tout ou partie de la propriété des entreprises concernées, c’est-à-dire en recourant aux outils du droit des entreprises et participations publiques (v. fiche dédiée) ;
- soit en recourant à des procédés de puissance publique, en prévoyant dans des lois et règlements des droits exorbitants qu’elles se reconnaissent pour assurer la préservation de ces intérêts.

Cette seconde approche, seule traitée dans la présente fiche, se traduit principalement par **quatre législations**. Trois ont un caractère transversal : l’action spécifique, les commissaires du Gouvernement, les investissements étrangers en France. La quatrième est plus sectorielle : les exportations sensibles.

2. L’action spécifique

2.1. Notion d’action spécifique

Inspirées du mécanisme des « *golden shares* », les actions spécifiques ont été introduites en droit français par l’article [10](#) de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations. Elles figurent désormais à l’article [31-1](#) de l’ordonnance [n° 2014-948](#) du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique introduit par l’article 186 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 et modifié par l’article 154 de la loi dite « PACTE » n°2019-486 du 22 mai 2019.

Bien qu’il s’appuie sur une action détenue par l’État, l’outil que constitue l’action spécifique est sans rapport avec les prérogatives qu’un actionnaire pourrait exercer du seul fait de la détention de ce titre.

Il convient par ailleurs de rappeler qu’indépendamment du mécanisme de l’action spécifique, toute opération de cession par l’Etat au secteur privé conduisant à transférer la majorité du capital d’une

société doit s'accompagner des garanties nécessaires à la préservation des intérêts essentiels de la Nation dans les domaines concernés. Le cas échéant, le cahier des charges de l'appel d'offres portant cession du capital intègre cette exigence ([art. 21-1](#) de l'ordonnance du 20 août 2014).

2.2. Recours à l'action spécifique

Initialement réservée aux entreprises dans lesquelles l'État cède une participation majoritaire au secteur privé, c'est-à-dire privatise l'entreprise, son champ a été significativement élargi par la loi PACTE. Les sociétés susceptibles d'être visées sont celles qui, tout à la fois, exercent l'une des activités mentionnées au I de l'article L. 151-3 du code monétaire et financier sur le contrôle des investissements étrangers et qui, en outre, soit relèvent du périmètre de l'APE (annexe du décret n° 2004-963 du 9 septembre 2004) au 1er janvier 2018, soit sont cotées et ont un capital détenu à hauteur d'au moins 5 %, directement ou indirectement, à la même date, par l'une des entités de la BPI (Bpifrance SA ou ses filiales directes ou indirectes ou par un fonds d'investissement géré et souscrit majoritairement par elles).

La décision d'instituer ou non une action spécifique sur une société remplissant ces conditions est subordonnée au constat de la nécessité d'assurer la protection des intérêts essentiels du pays en matière d'ordre public, de santé publique, de sécurité publique ou de défense nationale. Cette décision, qui relevait jusqu'ici d'un décret simple, doit désormais être prise après information de la société par décret en Conseil d'Etat, lequel précise les droits qui y sont attachés.

En outre, lorsqu'une société dans laquelle a été instituée une action spécifique fait l'objet d'une scission, d'une fusion ou cède, apporte ou transmet sous quelque forme que ce soit tout ou partie d'un actif de la société ou de ses filiales, une nouvelle action spécifique peut être instituée, après information de la société, dans toute société qui, à l'issue de l'opération, exerce l'activité ou détient les actifs au titre desquels une action spécifique avait été prévue (IV de l'article [31-1 de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014](#) modifiée).

2.3. Prerogatives attachées à l'action spécifique

Ce décret dresse la liste des droits attachés à une action spécifique parmi les prerogatives suivantes :

- l'agrément préalable par le ministre chargé de l'économie pour le franchissement, par une personne agissant seule ou de concert, d'un ou plusieurs des seuils prévus au I de l'article L. 233-7 du code de commerce; un seuil particulier peut être fixé pour les participations prises par des personnes étrangères ou sous contrôle étranger ;
- la nomination au conseil d'administration ou de surveillance ou de l'organe délibérant en tenant lieu d'un représentant de l'État sans voix délibérative ;
- le pouvoir de s'opposer aux décisions de cession, d'apport ou de transmission d'actifs ou de certains types d'actifs de la société ou de ses filiales, mais aussi aux décisions modifiant les conditions d'exploitation de ces actifs ou types d'actifs ou encore aux décisions les affectant à titre de garantie, dès lors qu'elles seraient de nature à porter atteinte aux intérêts essentiels du pays ; les conditions de ce droit d'opposition ont été fixées par le décret [n° 2015-1482](#) du 16 novembre 2015 mais qui sera vraisemblablement amené à évoluer à la suite de la modification de ce droit d'opposition par la loi PACTE ;
- le droit d'obtenir les informations nécessaires à l'exercice du droit d'agrément et d'opposition

L'institution de cette action produit ses effets de plein droit. Hormis les cas où l'indépendance nationale est en cause, l'action spécifique peut à tout moment être transformée en action ordinaire par décret (ex. le décret [n° 2002-1231](#) du 3 octobre 2002 abrogeant le décret n° 93-1298 du 13 décembre 1993

instituant une action spécifique de l'État dans la Société nationale Elf-Aquitaine) et, depuis la loi PACTE, par décret en Conseil d'Etat.

La justification de l'action spécifique est vérifiée aussi souvent que nécessaire et au moins tous les cinq ans. Cette vérification peut conduire à modifier, y compris à la hausse, ou supprimer les droits en cause (III de l'article 31-1 de l'ordonnance).

2.4. Méconnaissance des prérogatives de l'Etat

Lorsque des prises de participation sont soumises à agrément préalable en raison d'une action spécifique et tant que cette obligation est méconnue, les détenteurs des participations irrégulièrement acquises sont privés des droits de vote correspondants. S'agissant des entreprises dont l'activité relève des intérêts essentiels de la défense nationale ou de ceux mentionnés à l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), les détenteurs de participations acquises irrégulièrement doivent céder leurs titres dans un délai de trois mois, faute de quoi, il est procédé à leur vente forcée. Le produit de la vente est tenu à la disposition des anciens détenteurs (II de l'article [31-1](#) de l'ordonnance du 20 août 2014 précitée).

2.5. Compatibilité avec le droit de l'Union

Le recours à une action spécifique doit être examiné au regard de la liberté de circulation des capitaux établie par l'article [63](#) du TFUE et de la liberté d'établissement établie par l'article [49](#) de ce traité.

Le droit de l'Union ne s'oppose pas, par principe à l'établissement d'une telle mesure, en reconnaissant que selon les circonstances, il peut être justifié « *que les États membres gardent une certaine influence dans les entreprises initialement publiques et ultérieurement privatisées, lorsque ces entreprises agissent dans le domaine des services d'intérêt général ou stratégiques* » (CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. France*, aff. [C-483-99](#), pt 43).

Toutefois, l'entrave à la liberté de circulation des capitaux et à la liberté d'établissement que constitue l'institution d'une action spécifique doit être justifiée, à la double condition d'être motivée par « *des raisons visées à l'article [65] paragraphe 1 du traité ou des raisons impérieuses d'intérêt général s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'État membre d'accueil* » et d'être proportionnée au but poursuivi (CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. Portugal*, aff. [C-367-98](#), pts 49-50). L'existence de cette double condition a conduit la Cour de justice à rejeter les mesures ayant un caractère trop général et conférant à l'État des pouvoirs discrétionnaires (CJCE, *Commission c. France*, pt. 51.). En conséquence, lors de l'examen du projet de loi pour la croissance et l'activité, le Conseil d'État (avis du 8 décembre 2014, n° 389394) a circonscrit le champ du dispositif à la préservation des intérêts essentiels du pays en matière d'ordre public, de sécurité publique ou de défense nationale au sens du droit de l'Union, soit un champ analogue à celui de la législation sur les investissements étrangers (v. *infra* point **4.**).

La compatibilité d'une action spécifique avec le droit de l'Union doit ainsi donner lieu à un examen approfondi préalablement à l'intervention du décret l'instituant pour définir s'il peut être recouru à cet outil et, dans l'affirmative, quelles sont les prérogatives susceptibles de lui être attachées.

3. Les commissaires du Gouvernement

3.1. Notion de commissaires du Gouvernement

Aucun texte général ne définit le statut des commissaires du Gouvernement, le droit positif reconnaissant l'existence de nombreux commissaires du Gouvernement aux attributions variées.

Le commissaire du Gouvernement a pour rôle, au sein d'un établissement public ou d'une société commerciale, de veiller à la cohérence et à la compatibilité des orientations retenues par l'entreprise avec la politique menée, dans ce secteur, par le Gouvernement. Sa présence doit permettre de « restituer l'action de l'entreprise dans le contexte plus général des orientations retenues par l'État pour ce secteur d'activité » ([EDCE 2015, Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises](#)).

L'institution d'un commissaire du Gouvernement, généralement nommé par le ministre chargé de la tutelle technique sur ce secteur, au sein d'un établissement public ou d'une entreprise assure un certain degré de contrôle du Gouvernement sur les décisions stratégiques prises par l'entreprise.

Les missions confiées au commissaire du Gouvernement, représentant de l'État comme « puissance publique » doivent être clairement distinguées des missions exercées au nom de l'État comme « actionnaire ». Les missions du commissaire du Gouvernement se distinguent également du contrôle économique et financier qu'exerce l'État sur l'activité économique et la gestion financière des entreprises et organismes qui en relèvent, en vertu du décret [n° 55-733](#) du 26 mai 1955.

3.2. Recours au commissaire du Gouvernement

3.2.1. Niveau de norme

L'institution d'un commissaire du Gouvernement dans un établissement public n'affecte pas les règles constitutives de cet établissement. Son institution relève donc en principe du pouvoir réglementaire. Au contraire, en ce qui concerne les sociétés commerciales, l'institution d'un commissaire relève des obligations civiles et commerciales dont il appartient en principe à la loi de fixer les règles en vertu de l'article 34 de la Constitution.

L'article 15 de l'ordonnance [n° 2014-948](#) du 20 août 2014 prévoit que l'État peut, dans des conditions fixées par voie réglementaire, désigner un commissaire du Gouvernement au sein des entreprises où il dispose d'un représentant au sens de l'article 4 de cette ordonnance. Il s'agit des sociétés dont il détient directement, seul ou conjointement avec ses établissements publics, plus de la moitié du capital ainsi que celles dans lesquelles il détient directement à lui seul plus de 10 % du capital. Ce commissaire « assiste, avec voix consultative, aux séances du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou de l'organe délibérant en tenant lieu de la société. Le cas échéant, il expose la politique du Gouvernement dans le secteur d'activité de celle-ci ».

3.2.2. Justification

L'institution d'un commissaire du Gouvernement est une pratique dérogatoire du droit commun ; il convient donc de s'interroger sur l'intérêt réel d'une telle mesure et, en particulier, sur sa pertinence vis-à-vis des autres moyens de contrôle dont dispose l'État sur l'action de l'entreprise ou de l'établissement public :

- **dans le cas d'un établissement public** : si la question de l'existence d'un contrôle ne se pose pas, il convient de mesurer la pertinence de l'institution d'un commissaire du Gouvernement vis-à-vis des

autres leviers de contrôle (nomination du dirigeant, désignation d'administrateurs, approbation par le ministre de tutelle des délibérations du conseil d'administration...);

- **dans le cas d'une société commerciale** : la question de la nécessité d'un contrôle se pose avec plus d'acuité ; la gestion d'une mission de service public entraînant nécessairement un contrôle de son accomplissement par l'État, le recours à l'institution d'un commissaire du Gouvernement n'est pas systématiquement justifié (EDCE 2015, préc.).

3.3. Compatibilité avec le droit de l'Union

La Cour de justice de l'Union européenne ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si la fonction de commissaire du Gouvernement, en ce qu'elle consiste à veiller à la conformité de la politique générale de l'entreprise avec les orientations gouvernementales, constitue une entrave à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux.

Toutefois, la jurisprudence de la Cour de justice sur les actions spécifiques énonce les conditions de compatibilité de l'intervention de l'État dans la gestion d'une entreprise avec le droit de l'Union largement transposable au cas du commissaire du Gouvernement (v. *supra*).

4. Le contrôle des investissements étrangers

4.1. Objet du contrôle des investissements étrangers

Les modalités d'admission d'un investissement étranger s'articulent autour de normes internationales (des traités bilatéraux d'investissement v. *p.ex.* le [traité](#) entre la France et le Kazakhstan), de normes européennes (la liberté de circulation des capitaux) et de normes internes (en France, le code monétaire et financier). Sur ces dernières, en vertu de l'article [L. 151-1](#) du code monétaire et financier, les relations financières entre la France et l'étranger sont libres. Toutefois, sur le fondement de normes européennes et internationales et conformément aux dispositions de l'article [L. 151-3](#) du même code, certains investissements étrangers en France, réalisés dans des secteurs sensibles, sont soumis à autorisation préalable du ministre chargé de l'économie.

La procédure d'examen de la demande d'autorisation qui est soumise au ministre s'articule autour de deux phases : une première phase de 30 jours à l'issue de laquelle le ministre chargé de l'économie se prononce sur le caractère éligible ou non de l'opération à la réglementation de contrôle des investissements étrangers et, le cas échéant, une seconde phase de 45 jours lorsque l'opération nécessite un examen complémentaire. A l'issue de ces délais le ministre peut : (i) rejeter implicitement la demande (art. [R. 151-6](#) du code précité) en application de l'exception à la règle du silence valant accord dès lors que sont en jeu des intérêts de sécurité nationale et de sauvegarde de l'ordre public (Art. [L. 231-4](#) du code des relations avec le public et l'administration) ; (ii) autoriser simplement l'opération, soit l'assortir de conditions visant à assurer que l'investissement projeté ne portera pas atteinte aux intérêts nationaux tels que définis au I de l'article [L. 151-3](#) du code monétaire et financier (conditions précisées à l'art. [R. 151-8](#)) ; (iii) soit la refuser pour des motifs précisés à l'art. [R. 151-10](#).

L'investisseur ou l'entreprise exerçant les activités mentionnées à l'article L. 151-3 sont tenus de communiquer à l'autorité administrative chargée de la procédure d'autorisation et de contrôle des investissements étrangers, sur sa demande, tous les documents et informations nécessaires à l'exécution de sa mission, sans que les secrets légalement protégés ne puissent lui être opposés (art. L. 151-5).

4.2. Champ du contrôle des investissements étrangers

Ce régime nécessite la réunion de trois critères cumulatifs portant sur l'origine de l'investisseur, la nature de l'opération et la sensibilité des activités réalisées par l'entité objet de l'investissement :

i) concernant l'origine de l'investisseur : sont concernées par ce régime toute personne physique de nationalité étrangère ou toute personne physique française ne résidant pas fiscalement en France. De même entrent dans le champ toute entité de droit étranger ou toute entité française contrôlée par une entité de droit étranger ou par une personne physique susmentionnée (art. [R. 151-1](#)).

ii) concernant les opérations : trois catégories d'investissements portant sur une entité française sont soumises au contrôle, à savoir (i) l'acquisition du contrôle au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce ; (ii) l'acquisition de tout ou partie d'une branche d'activité ; (iii) et le dépassement du seuil de participation de 25% des droits de vote. Le franchissement de seuil n'est pas applicable aux investissements en provenance de l'Union européenne (art. [R. 151-2](#)).

- iii) concernant les activités de la société cible : ce régime d'autorisation concerne 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 activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale ou activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives.

Un décret en Conseil d'État définit la nature des activités ci-dessus. Ces dispositions sont codifiées aux articles R. 151-1 et suivants du code monétaire et financier, modifiés en dernier lieu par le [décret n° 2019-1590](#) du 31 décembre 2019, dont les dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} avril 2020. La liste des secteurs d'activités est désormais énumérée à l'article R. 151-3 du code précité.

Certaines opérations peuvent être dispensées de demande d'autorisation, notamment dans le cadre d'opérations intragroupes ([art. R. 151-7](#)), sauf si l'opération a pour objet de transférer à l'étranger tout ou partie d'une branche de l'une des activités énumérées à l'article R. 151-3 du code précité.

Avant la réalisation d'un investissement, l'investisseur ou l'entreprise cible de l'opération peut saisir le ministre chargé de l'économie d'une demande préalable d'examen aux fins de savoir si les activités de ladite entreprise cible relèvent des activités sensibles énumérées à l'article R 151-3. Le ministre dispose alors d'un délai de deux mois pour y répondre (Art. [R. 151-4](#)).

Par ailleurs, afin de s'adapter aux conséquences engendrées par la crise sanitaire due à la pandémie de Covid-19, une évolution réglementaire est intervenue avec l'adoption d'un [arrêté](#) en date du 27 avril 2020 et du décret [n° 2020-892](#) du 22 juillet 2020. Cette adaptation s'articule autour de deux axes : l'inclusion pérenne des biotechnologies dans la liste des technologies critiques couvertes par le contrôle IEF et l'abaissement à 10% du seuil de détention des droits de vote d'une entreprise déclenchant la procédure, jusqu'au 31 décembre 2020, pour les entreprises cotées, et pour les investisseurs issus de pays-tiers.

4.3 Conséquences du non-respect des règles en matière d'investissements étrangers

4.3.1 Nullités

Tout engagement, convention ou clause contractuelle qui réalise directement ou indirectement un investissement étranger relevant du contrôle institué par ces dispositions est nul lorsque cet investissement n'a pas fait l'objet d'une autorisation (art. L. 151-4). La loi PACTE a supprimé le terme

« *préalable* » afin de permettre de purger cette nullité dans l'hypothèse d'une régularisation *a posteriori* de la demande d'autorisation désormais envisagée par les nouvelles dispositions de l'article L. 151-3-1.

4.3.2 Mesures de police administrative

Le ministre peut prendre différentes décisions, dans chaque cas, après que l'investisseur a été mis en demeure de présenter des observations dans un délai de quinze jours, sauf en cas d'urgence, de circonstances exceptionnelles ou d'atteinte imminente à l'ordre public, la sécurité publique ou la défense nationale. Ces décisions sont susceptibles d'un recours de plein contentieux. Elles dépendent du type de manquement :

- Cas d'absence d'autorisation préalable (I de l'art. L.151-3-1)

Le ministre chargé de l'économie peut prendre une mesure **d'injonction**, le cas échéant assortie d'une **astreinte**, tendant soit au dépôt d'une demande d'autorisation, soit au rétablissement aux frais de l'investisseur de la situation antérieure, soit à la modification de l'investissement. Le ministre peut également, si la protection des intérêts nationaux est compromise ou susceptible de l'être, prendre des **mesures conservatoires** telle qu'une suspension des droits de vote, l'interdiction ou la limitation de la distribution des dividendes ou encore la limitation de tout ou partie de la disposition des actifs.

Le ministre peut également désigner **un mandataire** chargé de veiller, au sein de l'entreprise, à la protection des intérêts nationaux et habilité à faire obstacle à toute décision des organes sociaux de nature à porter atteinte à ces intérêts.

- Cas de méconnaissance des termes de l'autorisation (II du même article)

Le ministre peut retirer l'autorisation, enjoindre à l'investisseur de respecter les termes de son autorisation ou bien des prescriptions de substitution, y compris le rétablissement de la situation antérieure ou la cession de tout ou partie des activités concernées.

Les injonctions peuvent être assorties d'une astreinte et des mesures conservatoires peuvent être prises dans les mêmes conditions qu'en cas d'absence d'autorisation.

4.3.3 Sanctions

Sanctions pécuniaires administratives (art. L. 151-3-2)

Elles sont encourues en cas :

- de réalisation d'un investissement sans autorisation préalable, ;
- d'obtention par fraude d'une autorisation préalable, ;
- de méconnaissance des conditions dont est assortie l'autorisation en application des prescriptions du II de l'article L. 151-3, ;
- d'inexécution totale ou partielle des décisions ou injonctions prises sur le fondement de l'article L. 151-3-1.

Leur montant s'élève au maximum à la plus élevée des sommes suivantes : le double du montant de l'investissement irrégulier, 10 % du chiffre d'affaires annuel hors taxes de l'entreprise, cinq millions d'euros pour les personnes morales et un million d'euros pour les personnes physiques. Le montant est proportionné à la gravité des manquements commis et recouvré comme les créances de l'Etat étrangères à l'impôt et au domaine.

Elles sont prononcées par le ministre chargé de l'économie après avoir mis l'investisseur, en application du principe du contradictoire, à même de présenter ses observations sur les faits qui lui sont reprochés dans un délai minimal de quinze jours.

Sanctions pénales

En vertu de [l'article 459](#) du code des douanes, rendu applicable par l'effet de [l'article L. 165-1](#) du code monétaire et financier, les infractions à la législation sur les investissements étrangers en France sont punies, sur plainte exclusive du ministre de l'économie et des finances ([art. 458](#) du code des douanes) ou de ses représentants habilités à cet effet, d'une peine d'emprisonnement de cinq ans, de la confiscation du corps du délit et des biens et avoirs qui sont le produit 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 (article 459 du même code).

4.4 Transparence des contrôles

La loi PACTE a introduit de nouvelles dispositions appelées à assurer la transparence des contrôles.

Le ministre chargé de l'économie diffuse chaque année publiquement les principales données statistiques de ce contrôle (art. L. 151-6)

Le Gouvernement transmet chaque année aux présidents des commissions chargées des affaires économiques et aux rapporteurs généraux des commissions chargées des finances de chaque assemblée un rapport portant sur l'action du Gouvernement en matière de protection et de promotion des intérêts économiques, industriels et scientifiques de la Nation, ainsi qu'en matière de contrôle des investissements étrangers (I de l'article L. 151-7).

Les présidents des commissions chargées des affaires économiques et les rapporteurs généraux des commissions chargées des finances de chaque assemblée peuvent conjointement entendre les ministres compétents, le commissaire à l'information stratégique et à la sécurité économique et les directeurs des administrations centrales concernées dans le cadre d'échanges qui ne sont pas rendus publics. Ils peuvent également procéder à toutes investigations, sur pièces et sur place, de l'action du Gouvernement en matière de protection et de promotion des intérêts économiques, industriels et scientifiques de la Nation, ainsi qu'en matière de contrôle des investissements étrangers en France, à la condition qu'elles ne portent pas sur des investissements susceptibles de faire l'objet de décisions du ministre chargé de l'économie. L'exercice de ces pouvoirs donne lieu à une communication publique de chaque président et de chaque rapporteur général devant sa commission, pouvant s'accompagner de la publication d'un rapport. Dans le cadre de leurs travaux, les présidents et les rapporteurs généraux peuvent adresser conjointement des recommandations et des observations au Président de la République, au Premier ministre et aux ministres compétents. Ils les transmettent au Président du Sénat et au Président de l'Assemblée nationale (II du même article).

4.5. Compatibilité avec le droit de l'Union

Les régimes de contrôle des investissements étrangers sont une restriction à la libre circulation des capitaux et à la liberté d'établissement, qui ne peut être justifiée que par les objectifs poursuivis au sens des articles [52](#), [65](#) et [346](#) du [TFUE](#) .

L'application de ce dispositif doit être proportionnée au regard des objectifs poursuivis, et ne pas être motivée, en fait, par des fins purement économiques, notamment sauvegarde de ses intérêts financiers ou de poursuite de ses objectifs de politique économique (CJCE, 14 mars 2000, Association *Église de*

scientologie de Paris, aff. C-54/99, pt. 17 ; CJCE, 26 mars 2009, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, C-326/07, pt. 43).

La Cour de justice avait en effet estimé que le régime français imposant une autorisation préalable pour tout investissement direct étranger « *de nature à mettre en cause l'ordre public et la sécurité publique* », sans autre précision constituait une restriction aux mouvements de capitaux. Le décret n° 89-938 réglementant les relations financières avec l'étranger n'indiquait en effet aucunement aux investisseurs concernés les circonstances spécifiques dans lesquelles une autorisation préalable était nécessaire (CJCE, 14 mars 2000, *Association Église de scientologie de Paris*, aff. [C-54/99](#), pts 17-21). La Commission européenne n'a pas contesté néanmoins le décret français n° 2014-479 du 14 mai 2014 soumettant les investissements étrangers dans certains secteurs définis par le décret à l'autorisation préalable du ministre chargé de l'économie en indiquant que « *des restrictions à la liberté des mouvements des capitaux peuvent être justifiées si l'objectif poursuivi relève de la politique publique ou de la sécurité publique* ».

La Cour de justice tolère la sécurisation des activités essentielles et des services publics. La Cour de justice, dans sa jurisprudence relative aux actions privilégiées dites « *golden shares* », a admis que certaines restrictions peuvent être justifiées par « *l'approvisionnement minimal en ressources énergétiques et en biens essentiels à la collectivité, la continuité du service public, la sécurité des installations utilisées dans le cadre de services publics essentiels, la défense nationale, la protection de l'ordre public et de la sécurité publique* » et a retenu le qualificatif « essentiel » comme critère d'appréciation. La Cour de justice a toutefois précisé qu'en raison de l'absence de lien entre les critères litigieux et les pouvoirs d'opposition, l'application des critères n'est pas apte à atteindre les objectifs de justification qui seraient poursuivis (CJCE, 26 mars 2009, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, C-326/07). En outre, la Cour de justice a jugé que certaines restrictions à la libre circulation des capitaux en matière de santé publique pouvaient être justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général telle que l'assurance d'un approvisionnement en médicaments de la population sûr et de qualité (CJCE, 19 mai 2009, *Commission c. Italie*, aff. [C-531/06](#), pt. 51). *Italie*, [aff. C-531/06](#), pts. 49 à 52 et 88) dans la mesure où ces restrictions s'appliquent sans discrimination tenant à la nationalité et où elles sont proportionnées à l'objectif poursuivi. Comme en matière d'action spécifique et de commissaire du Gouvernement, la compatibilité du recours au contrôle des investissements étrangers dépend donc de l'utilisation qui en sera faite dans chaque cas de figure.

Par ailleurs, l'adhésion de l'Union européenne à la mise en place de mécanismes de contrôle s'est récemment traduite par l'adoption par du Règlement (UE) n°2019/452 du 19 mars 2019 [règlement \(UE\) n° 2019/452 du 19 mars 2019](#) établit un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union¹ Il a pour objet de mettre en place un cadre de coopération entre, d'une part , les Etats membres et, d'autres part, les Etats membres et la Commissions européenne. Pour ce faire, cet instrumentCe établit un mécanisme d'échanges d'informations entre les Etats membres et la Commission, en matière de contrôle des investissements étrangers. Cela se traduit de différentes manières :

- les Etats membres disposant d'un mécanisme national de filtrage des investissements, dont la France, auront l'obligation de notifier à l'ensemble des autres Etats membres ainsi qu'à la Commission toute opération susceptible d'entrer dans le champ du règlement ;

¹ JOUE L 79 du 21 mars 2019.

- la Commission et l'ensemble des Etats membres, disposant ou non d'un mécanisme national de filtrage des investissements, pourront poser des questions, émettre des commentaires ou rendre un avis, dans une limite de 35 jours calendaires à compter de la notification initiale. Les commentaires des Etats membres et les avis de la Commission revêtiront une valeur indicative, à l'exception de la situation dans laquelle l'opération pourrait porter atteinte à un projet ou programme d'intérêt européen : dans cette hypothèse, si l'Etat membre concerné décide de ne pas suivre l'avis de la Commission, il devra justifier sa décision.

Le règlement sera applicable à compter du 11 octobre 2020.

5. Contrôle des exportations sensibles

Les exportations de la France vers les pays-tiers sont libres, notamment en vertu du règlement n° 2015/479 du 11 mars 2015 relatif au régime commun applicable aux exportations (version codifiée).

Toutefois, des restrictions sont envisageables, notamment sur le fondement de l'article 36 du TFUE autorisant les États membres à maintenir certaines restrictions d'exportation « *justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale* », ou du b) de l'article 346§1 TFUE stipulant que « *tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre ; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires* ».

S'agissant des produits liés à la défense, la directive [2009/43/CE](#) du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 modifiée, met en place au niveau intra-européen un système européen d'autorisation fondé sur l'octroi de licence de transfert aux fournisseurs. Elle précise néanmoins en son article 1§2 qu'elle est « *sans incidence sur la liberté de décision des États membres en matière de politique d'exportation [hors Union européenne] de produits liés à la défense* ».

Au niveau national, le principal régime concerne les exportations de matériels de guerre, régies notamment par les articles L. 2335-2 et suivants du code de la défense, qui repose sur un principe de prohibition, mais prévoit un système d'autorisations par étape et une concertation interministérielle permanente.

D'autres régimes restrictifs existent (par exemple, biens à double usage, œuvres d'art et biens culturels, marchandises portant atteinte à certains droits de propriété intellectuelle...).