



## **LA LIBERTÉ D'INVESTISSEMENT, LA SÉCURITÉ NATIONALE ET LES SECTEURS « STRATÉGIQUES »**

### **Rapport du Comité de l'investissement**

*Ce rapport a été publié suite à la 7ème table ronde de l'OCDE sur la liberté d'investissement, la sécurité nationale et les secteurs « stratégiques » qui s'est tenue le 26 mars 2008 à Paris.*

#### ***Le mandat de l'OCDE***

Ces dernières années, un certain nombre de pays de l'OCDE, mais aussi d'autres pays, ont procédé à une réévaluation de leurs politiques de l'investissement en réaction à l'évolution des conditions de sécurité nationale et à la montée en puissance de nouveaux investisseurs, y compris de gros investisseurs contrôlés par des actionnaires publics étrangers.

L'OCDE est convaincue des bienfaits à long terme que peut procurer l'instauration de conditions d'investissement ouvertes sur le plan international, notamment en termes de création d'emplois, d'efficacité de l'affectation des ressources et de progrès social et environnemental. En sa qualité de dépositaire d'instruments de portée internationale dans le domaine de l'investissement, l'Organisation supervise depuis plus de quarante ans les avancées réalisées sur le front de la libéralisation.

Le projet lancé par le Comité de l'investissement de l'OCDE sur le thème "Liberté d'investissement, sécurité nationale et secteurs 'stratégiques'" a permis d'ouvrir, dès le début de l'année 2006, un haut lieu du dialogue intergouvernemental grâce auquel les administrations des différents pays s'emploient à concilier la nécessité de préserver des conditions d'investissement ouvertes au niveau international, et de les appliquer plus largement, avec l'obligation qui leur incombe de sauvegarder les intérêts essentiels de la sécurité de leur population. Des échanges ont eu lieu à l'occasion de sept rencontres ayant réuni les trente pays membres de l'OCDE, dix signataires de la Déclaration non membres de l'OCDE<sup>1</sup> ainsi que d'autres grands pays non membres<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Argentine, Brésil, Chili, Égypte, Estonie, Israël, Lettonie, Lituanie, Roumanie, Slovaquie.

<sup>2</sup> La Russie a pris part à l'ensemble des discussions sur la liberté de l'investissement et d'autres pays (Afrique du Sud, Chine, Inde, Indonésie) ont assisté à l'une ou plusieurs de ces discussions.

Le projet sur la liberté de l'investissement s'enracine dans le dialogue sur les questions ayant trait à l'investissement entamé depuis longtemps sous les auspices de l'OCDE et encadré par les deux instruments de l'OCDE pour l'investissement que sont le Code de la libération des mouvements capitaux et la Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales. Une synthèse du contenu de ces instruments et des principes relatifs à l'investissement qu'ils contiennent est proposée dans l'encadré 1.

Les débats sur la liberté de l'investissement ont confirmé que les principes fondamentaux qui constituent l'ossature de ces instruments, à savoir la transparence, la libéralisation et la non-discrimination, ont conservé toute leur pertinence. Les discussions ont principalement porté sur la clarification, dans le contexte qui prévaut actuellement sur le plan de la sécurité, de la seule et unique exception autorisée par ces instruments à l'application d'une politique de l'investissement ouverte, exception en vertu de laquelle un membre peut prendre les "mesures qu'il estime nécessaires "à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité" et "au maintien de l'ordre public ou à la protection de la santé, de la moralité et de la sécurité publiques."<sup>3</sup>

#### **Encadré 1. L'Acquis de l'OCDE – Principes établis en matière d'investissement**

Les principaux instruments de l'OCDE pour l'investissement sont le Code de l'OCDE de la libération des mouvements de capitaux adopté en 1961 et la Déclaration de 1976 sur l'investissement international et les entreprises multinationales, dans sa version révisée en 2000. Ces textes prévoient des procédures de notification et de surveillance multilatérale, sous la supervision générale du Conseil de l'OCDE, afin de garantir leur respect. Ces instruments comportent les principes suivants :

- *Non-discrimination.* Les investisseurs étrangers ne doivent pas être soumis à un régime moins favorable que les investisseurs nationaux dans les mêmes circonstances. Bien que les instruments de l'OCDE protègent directement les investisseurs établis dans les pays membres, ils obligent également les membres à tout faire pour étendre les avantages de la libération à tous les membres du Fonds monétaire international. En pratique, l'expérience a montré que les gouvernements des pays de l'OCDE adoptent presque toujours des mesures de libération sans opérer de discrimination à l'égard des pays non membres : les investisseurs de ces pays bénéficient des mêmes avantages de liberté d'accès au marché que les résidents de pays membres de l'OCDE. Toute discrimination flagrante envers des investisseurs non établis dans la zone OCDE reviendrait à s'écarter considérablement de la tradition de l'OCDE.
- *Transparence.* Les informations sur les restrictions à l'investissement étranger doivent être complètes et accessibles à tous.
- *Libération progressive.* Les membres s'engagent à supprimer progressivement les restrictions à la libre circulation des capitaux dans leurs pays.
- *Statu quo.* Les membres s'engagent à ne pas mettre en place de nouvelles restrictions.
- *Libération unilatérale.* Les membres s'engagent également à faire bénéficier tous les autres membres des mesures de libération qu'ils prennent et à ne pas les conditionner à celles engagées par d'autres pays. La non-réciprocité est un principe important pour l'OCDE. Les instruments de l'OCDE sont basés sur la conviction que la libération profite à tous, et notamment au pays qui en est à l'origine.

<sup>3</sup> Article 3 des Codes de la libération des mouvements de capitaux et des opérations invisibles courantes.

Des échanges sur la liberté d'investissement se sont également déroulés lors de séances d'examen par les pairs auxquelles ont donné lieu les tours d'horizon des évolutions survenues au niveau national et lors d'examens approfondis de thèmes choisis ayant trait à la sécurité nationale, mais aussi à l'occasion d'inventaires des bonnes pratiques suivies par les pouvoirs publics dans le domaine de l'investissement. Le présent rapport d'étape recouvre la période avril 2007-avril 2008. Le suivi exercé par les pairs a montré que six membres de l'OCDE ont pris de nouvelles mesures et que ces mesures visaient à codifier ou à clarifier les législations existantes.

Le Comité de l'investissement a fait de la question des politiques conduites par les pays destinataires vis-à-vis des fonds souverains et autres entités contrôlées par des gouvernements un volet à part entière du projet sur la liberté de l'investissement. Le rapport consacré au thème de fonds souverains est disponible au [www.oecd.org/daf/investissement/foi](http://www.oecd.org/daf/investissement/foi).

### ***Forte adhésion aux principes de la proportionnalité, de la transparence/prévisibilité et de la reddition de comptes***

Les discussions ayant eu lieu à ce jour ont fait apparaître une forte adhésion à trois principes qui doivent gouverner l'adoption de mesures intéressant l'investissement destinées à protéger les intérêts essentiels de la sécurité, ces trois principes étant : 1) la transparence et la prévisibilité, 2) la proportionnalité ; et 3) la reddition de comptes. Pendant les délibérations (ayant porté pour le moment uniquement sur les deux premiers principes), les participants au projet sur la liberté de l'investissement ont également recensé les mesures plus spécifiques qui sous-tendent la transparence/la prévisibilité et la proportionnalité. L'encadré 2 propose une définition des principes, suivie d'orientations plus précises sur les mesures à prendre pour leur donner corps. Les sections suivantes offrent une synthèse plus détaillée des discussions sur les thèmes abordés lors des tables rondes VI et VII, à savoir : 1) le rôle de la politique de l'investissement face aux préoccupations ayant trait à la sécurité nationale ; 2) la politique de l'investissement et la protection des infrastructures critiques.

#### **Encadré 2. Principes orientant la politique d'investissement issus du projet sur la liberté d'investissement**

Les participants se sont accordés sur les orientations suivantes pour la politique d'investissement afin de préserver la sécurité nationale :

*Non-discrimination* – les pouvoirs publics doivent suivre le principe de non-discrimination. D'une manière générale, les pouvoirs publics doivent recourir à des mesures d'application large qui réservent un traitement similaire aux investisseurs dans des circonstances similaires. Lorsque ces mesures sont jugées inaptes à protéger la sécurité nationale, les mesures spécifiques prises pour tel ou tel investissement doivent être conçues en fonction des particularités de l'investissement qui constitue un risque pour la sécurité nationale.

*Transparence/prévisibilité* – il est certes dans l'intérêt des investisseurs et des gouvernants d'assurer la confidentialité des informations sensibles, mais les objectifs et les pratiques réglementaires doivent être aussi transparents que possible afin d'améliorer la prévisibilité des résultats.

- *Codification et publication.* La législation et les textes d'application doivent être codifiés et portés à la connaissance du public sous une forme appropriée (ex. dans un registre public ou sur l'Internet). En particulier, les critères d'évaluation utilisés dans les examens doivent être connus du public.

- *Notification préalable.* Les pouvoirs publics doivent prendre des mesures pour informer les parties concernées de tout projet de modification des politiques d'investissement.
- *Consultation.* Les pouvoirs publics doivent solliciter les points de vue des parties concernées lorsqu'ils envisagent de réviser leurs politiques d'investissement.
- *Équité et prévisibilité des procédures.* L'examen des procédures relatives aux investissements étrangers doit être assorti de délais stricts. Les informations commercialement sensibles fournies par l'investisseur doivent être protégées. Dans la mesure du possible, il convient d'envisager des règles prévoyant l'approbation des transactions si aucune action n'est engagée dans un délai spécifique pour les restreindre ou les conditionner.
- *Divulgaration des actions menées dans le cadre de la politique d'investissement.* C'est la première étape pour assurer la responsabilité. Les pouvoirs publics doivent veiller à faire dûment connaître les actions qu'ils engagent au titre de la politique d'investissement (ex. par des communiqués de presse, des rapports annuels ou des rapports au Parlement), tout en protégeant les informations classifiées et commercialement sensibles.

*Proportionnalité des réglementations* – les restrictions à l'investissement ou les conditions rattachées à une transaction ne doivent pas être plus sévères que nécessaire pour protéger la sécurité nationale, et doivent être évitées si d'autres mesures existantes sont appropriées pour répondre à une préoccupation de sécurité nationale.

- *Les préoccupations essentielles liées à la sécurité relèvent de l'autodétermination.* Les instruments de l'OCDE pour l'investissement reconnaissent que chaque pays est fondé à déterminer les mesures nécessaires à la protection de sa sécurité nationale. Ce choix doit s'opérer en utilisant des techniques d'évaluation des risques rigoureuses et qui tiennent compte des circonstances, des institutions et des ressources propres au pays. La relation entre les restrictions à l'investissement et les risques identifiés pour la sécurité nationale doit être claire.
- *Ciblage précis.* Les restrictions à l'investissement doivent cibler directement les préoccupations liées à la sécurité nationale.
- *Expertise adéquate.* La conception des mesures de restriction de l'investissement motivées par des impératifs de sécurité doit bénéficier d'une expertise adéquate en matière de sécurité nationale et de l'expertise requise pour mettre en balance les répercussions des actions et les avantages d'une politique de l'investissement ouverte et appréhender l'impact des restrictions.
- *Réponses adaptées.* Si elles sont appliquées, les mesures de restriction doivent être adaptées aux risques spécifiques posés par les projets d'investissement. Cela implique de prévoir des mesures (notamment des accords d'atténuation des risques) qui prennent en compte les préoccupations de sécurité, sans pour autant bloquer totalement les investissements.
- *Dernier ressort.* Les mesures éventuelles de restriction de l'investissement doivent être prises en dernier ressort, lorsqu'aucune autre action (ex. délivrance de licences dans un secteur, politique de la concurrence, réglementation des marchés financiers) ne peut être engagée pour remédier aux préoccupations en matière de sécurité.

*Rendre des comptes* – Pour que la responsabilité des autorités chargées de l'application soit effective, il convient d'envisager des procédures de supervision parlementaire, un contrôle juridictionnel, des évaluations périodiques d'impact et l'obligation que les décisions de blocage d'un investissement soient prises à un échelon hiérarchique élevé. L'examen du principe de "rendre des comptes" au titre du projet sur la liberté d'investissement aura lieu à la fin de l'année 2008.

***La plupart des pays n'attribuent qu'un rôle limité à la politique de l'investissement face à la question de la protection des intérêts essentiels de la sécurité***

Sur les 40 pays participant aux procédures de notification de l'OCDE, 13 ont indiqué qu'ils ne dérogent pas au principe du traitement national pour des raisons de sécurité. D'autres ont mis en place des politiques sectorielles restreignant l'investissement étranger dans un nombre très réduit de secteurs d'activité. Les restrictions à l'investissement étranger imposées dans le secteur des munitions constituent à ce titre un exemple classique. Ces pays partent implicitement du principe que la politique de l'investissement ne joue qu'un très petit rôle, voire ne joue aucun rôle, dans le système plus global sur lequel repose la sécurité nationale. Tandis que les discussions dans le projet « liberté de l'investissement » se concentrent sur le rôle de la politique de l'investissement dans la protection des intérêts essentiels de sécurité, les participants sont convenus qu'ils ne doivent pas perdre de vue le fait que la plupart des pays attribuent seulement un rôle limité, sinon aucun, aux mesures de politique de l'investissement dans ce contexte.

***Les stratégies nationales de protection des infrastructures critiques n'attribuent généralement qu'un rôle mineur, voire aucun rôle, à la politique de l'investissement***

De nombreux pays ont défini des plans ou des stratégies nationales de protection de leurs infrastructures critiques qui exigent une certaine coordination entre un grand nombre d'organismes publics et d'acteurs privés. Les sept stratégies examinées durant la table ronde privilégient une approche « tous risques » (englobant les risques naturels et humains) et mobilisent un large éventail d'intervenants du secteur public qui sont associés au processus de recensement et d'atténuation des risques. Les participants sont convenus que les investisseurs étrangers, tout comme leurs homologues du pays d'accueil, doivent démontrer qu'ils sont prêts et déterminés à prendre part aux plans nationaux de protection des infrastructures critiques. Cependant, le rôle assigné aux mesures ayant trait à l'investissement varie selon les pays. Beaucoup de pays considèrent l'apport des mesures dans le domaine de la politique de l'investissement, par comparaison avec les autres politiques, négligeable and en conséquence ne voient aucun rôle pour elles. D'autres pays en revanche estiment que tandis que leur stratégie de protection des infrastructures critiques adopte un approche globale des risques, leur politique de l'investissement est utilisée pour répondre à un échantillon plus réduit de risques, ceux intéressant la sécurité nationale, et seulement comme un instrument de dernier recours (c'est-à-dire susceptible d'être employé lorsque les autres moyens d'action ne permettent pas de répondre aux risques identifiés concernant la sécurité de manière efficace.

***Avantages de l'ouverture des marchés pour la sécurité énergétique***

Le Comité de la concurrence de l'OCDE a publié un rapport consacré au rôle que peut jouer l'ouverture des marchés à la concurrence dans l'amélioration de la sécurité énergétique, c'est-à-dire dans la résolution des ruptures d'approvisionnement causées par des troubles politiques, des conflits armés, des actes terroristes, des actes de piraterie, des catastrophes naturelles, des poussées nationalistes ou des rivalités géopolitiques. La principale conclusion du rapport est que l'ouverture à la concurrence des marchés de l'énergie permet aux consommateurs de bénéficier de la diversité de l'offre, de l'adaptabilité et de la résistance aux chocs qui sont le propre d'une économie de marché en bonne santé. Le rôle essentiel des autorités chargées de l'investissement consiste à encourager l'application aux entreprises étrangères d'un traitement non discriminatoire, en complément des activités des autorités de la concurrence dans des domaines tels que les fusions-acquisitions, et à favoriser les pratiques bénéfiques pour la concurrence dans les domaines de la réglementation des prix, de l'entrée sur le marché et de la réalisation de transactions dans le secteur de l'énergie.

***La transparence est primordiale pour garantir l'efficacité de la politique de l'investissement, mais les pratiques varient à cet égard***

La transparence est la pierre angulaire de tout processus de réglementation qui fonctionne bien. A un certain niveau, presque tous les pays participants se conforment aux bonnes pratiques en codifiant les textes adoptées dans le domaine de l'investissement et en les rendant immédiatement accessibles aux intéressés. Cependant, les pratiques en matière de transparence diffèrent selon les pays à de nombreux égards. Les pays ont ainsi des conceptions différentes de la manière de déterminer quels projets d'investissement devront faire l'objet d'un examen. La plupart des pays adoptent des règles assez simples pour ce genre de décision ; ils se servent souvent de listes sectorielles et/ou d'autres filtres (montant de l'investissement ou seuil à partir duquel il y a contrôle). Un pays attire l'attention sur le fait que sa liste est très courte et que n'y figurent que les secteurs qui intéressent à l'évidence la sécurité nationale. Une autre possibilité envisageable consiste à examiner au cas par cas tous les projets d'investissement en appliquant des critères bien définis d'évaluation des risques encourus sur le plan de la sécurité nationale. Le délai d'examen des projets d'investissement est lui aussi variable. En moyenne, le délai maximum pour un premier examen est d'un mois et demi, mais certains pays prévoient des délais plus longs ou un second examen.

Les participants se sont accordés sur le fait que la transparence et la prévisibilité des procédures d'examen des projets d'investissement sont plus grandes : 1) si les raisons, appréhendées sous l'angle de la sécurité nationale, pour lesquelles les projets d'investissement sont soumis à examen sont clairement énoncées ; 2) si des directives claires et largement diffusées sur la manière d'évaluer les projets d'investissement ont été données au groupe d'experts chargé de procéder à ces évaluations et si ces directives mettent l'accent sur des considérations intéressant les intérêts essentiels de la sécurité ; 3) si les groupes chargés de procéder à l'examen des projets d'investissement peuvent faire appel, le cas échéant, à des spécialistes de la sécurité nationale ou des spécialistes de tel ou tel secteur ; et 4) si la décision de bloquer un projet d'investissement ou d'imposer des restrictions à ce projet est rendue publique ou est soumise à un dispositif quelconque garantissant la transparence ( rapports au Parlement) sans que soit pour autant remise en cause la protection des informations confidentielles ou commercialement sensibles.

***Proportionnalité***

La proportionnalité fait référence que fait que les restrictions à l'investissement ou les conditions auxquelles sont soumises les transactions ne doivent pas être plus strictes que nécessaire pour protéger la sécurité nationale et qu'il convient d'éviter d'y recourir dans les cas où d'autres mesures existantes se révèlent adéquates et adaptées pour répondre à des inquiétudes concernant la sécurité nationale. Comme indiqué précédemment, la plupart de ces pays n'attribuent qu'un rôle mineur, voire n'attribuent aucun rôle, à la politique de l'investissement dans la gestion des risques pour la sécurité nationale.

Parmi les pays qui utilisent effectivement la politique de l'investissement à des fins de protection de la sécurité nationale, les risques à prendre en considération dans le cadre des examens des projets d'investissement sont notamment : l'infiltration du crime organisé ou de terroristes dans l'économie nationale, la perte de la maîtrise des principales ressources nécessaires pour alimenter la défense nationale, l'impossibilité de faire respecter la loi et la perte du contrôle des frontières ou de zones géographiques sensibles sur le plan de la sécurité. Parmi les 11 pays participant au projet sur la liberté de l'investissement, ayant institué des groupes d'experts chargés d'examiner les projets d'investissement à la lumière de considérations relatives à la sécurité nationale, 6 ont répondu que leurs groupes d'experts disposent de tout un arsenal de réactions possibles face aux inquiétudes ayant trait à la sécurité nationale, au nombre desquelles la conclusion d'un accord entre l'administration du

pays destinataire et l'investisseur étranger portant sur la manière d'aborder les questions spécifiques en relation avec la sécurité soulevés par un projet considéré. Le groupe d'experts est ainsi autorisé à prendre des mesures qui ne risquent certainement pas de bloquer complètement le projet d'investissement. Un pays a pour sa part mis en place des dispositions en vertu desquelles les autorités doivent d'abord s'assurer, avant de prendre la décision de s'opposer à une transaction, qu'aucune autre réglementation existante ne permet de régler de façon satisfaisante le problème.

### *Prochaines étapes*

Les travaux à entreprendre dans l'avenir dans le cadre du projet sur la liberté de l'investissement viseront à approfondir la réflexion sur la manière dont les administrations nationales peuvent s'en tenir à l'engagement qu'elles ont pris depuis longtemps de poursuivre une politique d'ouverture dans le domaine de l'investissement tout en protégeant les intérêts essentiels de la sécurité.

18 Le programme de travail comportera des activités destinées à clarifier encore le contenu des trois principes fondamentaux, et singulièrement de celui intéressant la « reddition de comptes ». Il visera en outre à étudier les interactions entre la transparence et les pratiques en matière de gouvernance du côté des investisseurs (diffusion d'informations) d'une part, et les efforts déployés par les pays destinataires pour élaborer et mettre en œuvre des politiques répondant véritablement à des préoccupations relatives à la sécurité nationale tout en préservant des conditions d'investissement ouvertes. Les discussions incluront une session spéciale sur les investisseurs sous contrôle gouvernementale.

Les rapports synthétisant les discussions organisées dans le cadre du projet, qui se tiennent trois fois par an, continueront d'être publiés. Un rapport final – reprenant l'ensemble des conclusions dégagées des débats – devra être prêt mi-2009. Les orientations stratégiques qui en résulteront prendront la forme d'un inventaire de pratiques exemplaires concordant avec les principes de transparence et de prévisibilité, de proportionnalité et de reddition de comptes. Les recommandations formulées dans le rapport contiendront peut-être également des propositions de révisions/de clarifications des instruments existants de l'OCDE.