

# DROIT ADMINISTRATIF COMPARÉ ET ÉTRANGER

## RUBRIQUE sous la direction de :

Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, Professeur émérite de l'Université Paris Panthéon-Assas  
Yves GAUDEMET, Membre de l'Institut, professeur émérite de l'Université Paris Panthéon-Assas

## CHRONIQUE sous la direction de :

Anne JACQUEMET-GAUCHÉ, Professeur à l'Université Clermont Auvergne, Centre Michel de l'Hospital (UPR 4232), Institut universitaire de France

## ÉTUDE

# Interventionnisme sanitaire et économique : les droits et libertés à l'épreuve

par **Biancamaria RAGANELLI**<sup>1</sup>

Professeur à l'Université de Rome Tor Vergata, professeur invité à l'Université Paris Panthéon-Assas,  
Centre d'études et de recherche de sciences administratives

## Réactions d'urgence et nouvelles frontières intra-européennes

La covid-19 et la guerre en Ukraine ont exposé l'Europe à de nouveaux défis, en déclenchant des réactions d'urgence dans les différents États membres européens et imposant un débat ouvert sur les moyens d'action et de réaction communs. Le thème de la solidarité, maintes fois évoqué dans les différents moments de difficulté qu'a connus l'Europe depuis la Seconde Guerre mondiale, est à nouveau au centre du débat politique<sup>2</sup>.

L'intervention d'urgence a eu des conséquences sur les droits et libertés des citoyens d'une part et d'autre part sur les entreprises et peut influencer le fonctionnement du marché unique européen. Sur ces deux profils se concentre cet article : la protection des droits et libertés des citoyens devant les cours nationales européennes ; les mesures de limitation des investissements étrangers pour protéger les entreprises nationales et autres mécanismes d'intervention publique en économie. Les réactions d'urgence sont susceptibles d'ériger de nouvelles frontières intra-européennes.

Avant la crise, l'Union européenne semblait affaiblie par des conflits internes et des forces centrifuges souverainistes,

ralentie dans sa gestion des problèmes par la complexité de ses processus décisionnels et par l'interaction des multiples niveaux de gouvernement ayant des responsabilités en matière de politique économique – ceux de l'Union européenne, de la Banque centrale européenne pour la zone euro et des États membres. Les difficultés de réalisation d'une union politique et fiscale, ainsi qu'une union bancaire, ont augmenté pendant la gestion de l'urgence, empêchant ainsi une réponse cohérente ou du moins coordonnée au niveau européen.

Dans la première phase de propagation du virus on a assisté, au nom de l'urgence, à un fort renforcement de la souveraineté, dont le centre de décision a été identifié dans l'État, et des exceptions ont été prévues aux principes généraux régissant le marché unique européen. Pour répondre à la situation d'urgence dans les différents États membres, une multitude de mesures ont été prises au niveau national pour contenir la propagation du virus et protéger les économies et les intérêts nationaux. Les formes et les méthodes ont différé d'un pays à l'autre et, parfois, ont fait l'objet de débats. Les mesures d'urgence extraordinaires ont eu un effet sur les libertés individuelles et les activités économiques. De « nouvelles règles » ont été appliquées pour défendre l'économie et les entreprises stratégiques nationales, s'inspirant de modèles différents. Une réponse qui n'était ni cohérente, ni unifiée sur le front de la pondération des droits et libertés fondamentaux, ni sur celui des formes de soutien à l'économie, aux entreprises et à la gestion des investissements directs étrangers.

Face au spectre de la maladie et à ses conséquences au niveau sanitaire, social et économique, d'anciennes frontières sont réapparues (suspension de l'Accord de Schengen) et de nouvelles ont été créés.

La guerre en Ukraine a contribué à alimenter le processus de renforcement de diverses formes d'intervention publique

(1) Merci au Centre d'études et de recherche de sciences administratives de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) pour son invitation et à l'Université de Rome Tor Vergata pour le financement « *Beyond the Borders* ».

(2) Le préambule du traité sur l'Union européenne (TUE) précise l'engagement de l'Union à promouvoir la cohésion économique, sociale et territoriale et la solidarité entre les États membres, ainsi que l'engagement des États à s'entraider sur la base du principe de coopération loyale (art. 3-4).

dans l'économie, pour soutenir les actifs stratégiques et défendre les économies nationales contre une éventuelle agression extérieure. Des régulateurs de types différents sont intervenus avec des instruments non conventionnels et l'« état d'exception », étendu à certains domaines du système juridique, a entraîné la suspension de règles qui auparavant étaient incontestées<sup>3</sup> – le risque étant qu'une mesure contingente adoptée pour faire face à une urgence ou à une guerre en cours, devienne l'ancrage réglementaire d'un état permanent. Des frontières, des limites et des barrières contre les aspirations étrangères (ce qu'on qualifie en Italie de *golden power* ou pouvoirs spéciaux) ont été prévues au nom de la protection de ses ressortissants et de ses intérêts stratégiques (nationaux), en attendant de pouvoir aborder les questions communes (européennes) : défense commune, immigration, énergie, fiscalité.

L'Union européenne a tenté d'agir au travers de ses institutions pour offrir un soutien aux pays en difficulté. La suspension du pacte de stabilité et de croissance dans la zone euro a donné une marge de manœuvre aux initiatives de politique budgétaire intérieure. Plusieurs formes de soutien aux ménages et aux entreprises ont été adoptées, ainsi que d'autres mesures visant à soutenir les différents États membres et les marchés financiers. L'introduction d'une flexibilité accrue dans le domaine des aides d'État<sup>4</sup>, ainsi que l'adoption par la Commission européenne d'une série de lignes directrices, de recommandations et d'instruments de soutien, ont contribué à créer un environnement favorable pour les opérateurs économiques en difficulté<sup>5</sup>.

La fin de l'état d'urgence sanitaire dans tous les pays européens et le retour à une situation quasi normale du point de vue sanitaire, tout en offrant un nouvel espoir, ne semble pas dissiper les nuages d'une crise profonde, aux implications économiques et sociales importantes, rendue encore plus inquiétante par la menace d'une extension dangereuse du nouveau conflit en cours dans l'est de l'Europe.

La gestion de la phase de « reprise » pose donc de nouveaux défis à l'Europe, pour surmonter les limites et les restrictions imposées par une gestion fragmentée de la crise, et corriger les distorsions résultant d'un manque de cohésion dans l'adoption des mesures, et jeter ainsi les jalons d'une reconstruction de l'Europe.

(3) La thèse formulée par Carl Schmitt en 1922, selon laquelle la « capacité de décider de l'état d'exception » constitue la caractéristique essentielle de la souveraineté, a été une source d'inspiration qui a permis au nazisme de renforcer son pouvoir sur l'Allemagne, par le décret d'urgence pour la défense du peuple et de l'État du 28 février 1933 et, dans les années 1970, à certains pays d'Amérique latine d'imposer la « doctrine de sécurité nationale ». Or, selon la conscience politique en vigueur, l'état d'exception ne peut cependant pas justifier l'exercice de pouvoirs souverains non liés aux principes de l'ordre constitutionnel, mais seulement de pouvoirs particuliers prévus et réglementés par cet ordre.

(4) La communication de la Commission intitulée « Cadre temporaire pour les aides d'État destinées à soutenir l'économie dans le contexte de l'épidémie actuelle de COVID-19 » (COM 2020/C 91 I/01) vise à permettre aux États membres de prendre des mesures de soutien au tissu économique par dérogation aux règles ordinaires en matière d'aides d'État.

(5) Instrument de soutien temporaire visant à atténuer les risques de chômage en cas d'urgence. Proposition soumise par la Commission européenne le 2 avr. 2020 (COM(2020) 139), qui prévoit l'allocation de ressources supplémentaires aux États membres pour réduire l'incidence du chômage et de la perte de revenus pour les travailleurs salariés et indépendants.

Cette phase de reprise peut-elle nous permettre de faire le point sur le processus de convergence vers une Union plus intense et organisée, offrant entre autres une protection uniforme des droits fondamentaux et une défense non fragmentée des intérêts stratégiques en Europe ?

Est-il possible de tirer des leçons de ce qui s'est passé et, en allant dans la direction opposée par rapport aux forces centrifuges, d'imaginer une convergence politique accrue pour discuter et définir des formes communes de gouvernance économique ?

## Le pouvoir et la liberté dans les situations d'urgence

La situation d'urgence causée en Europe par la pandémie a poussé les différents gouvernements à adopter des mesures d'urgence spécifiques, qui ont eu un effet – sous des formes et selon des manières différentes – sur les libertés individuelles et les activités économiques. Les relations entre l'état d'urgence, le pouvoir, les droits et libertés fondamentaux, ainsi que la légitimité et le caractère démocratique du processus de prise de décision relatif aux mesures restrictives adoptées, ont fait une fois de plus l'objet de discussions dans le cadre de la doctrine et de la jurisprudence.

Les mesures adoptées ont affecté le fonctionnement du marché intérieur, en bouleversant le contexte de référence des citoyens et des opérateurs économiques européens. Il suffit de penser aux restrictions à la *libre circulation des marchandises*, et notamment aux exportations ; aux restrictions à la *libre circulation des personnes*, à propos desquelles, dans sa communication du 16 mars 2020, la Commission européenne a souligné la possibilité pour les États membres de réintroduire des contrôles temporaires aux frontières à l'intérieur de l'espace Schengen, et les États membres ont imposé des règles différentes à leurs citoyens ; au chaos sur l'utilisation des masques dans les avions qui s'est vérifié dans la période finale de l'état d'urgence ; et aux mesures de protection des *entreprises nationales dans certains secteurs stratégiques*, qui ont été adoptées et renforcées d'abord pendant la crise et puis avec la guerre.

Les mesures d'urgence adoptées se sont axées sur la protection du droit à la protection de la santé, considéré de manière différente par les Chartes constitutionnelles de plusieurs pays comme étant un élément constitutif du modèle de l'État-providence et pour lequel la puissance publique agit en tant que régulateur, administrateur actif et fournisseur direct de services publics<sup>6</sup>. Il a été décliné et pondéré par rapport à d'autres libertés et droits fondamentaux dans les procédures contentieuses portées devant les tribunaux des différents États membres. Il s'agit de libertés et de droits fondamentaux reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme elle-même, qui est régie par le principe selon lequel l'exercice de la puissance publique est soumis aux critères de la démocra-

(6) Dans le contexte européen, art. 168 TFUE, conformément à l'art. 152 TCE, selon lequel « un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union » et art. 2 international du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, signé à New York le 6 déc. 1966, ratifié en vertu de la loi n° 88 du 25 oct. 1977.

tie, de l'État de droit et au respect de la dignité humaine. La Convention prévoit des exceptions et des limitations temporaires pour des exigences particulières<sup>7</sup> et l'article 15 permet d'adapter les principes de légalité, de nécessité et de proportionnalité au sens strict – qui sous-tendent la logique d'équilibre entre les droits de l'homme et les intérêts collectifs – en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation<sup>8</sup>. L'approche générale de la Cour européenne des droits de l'homme est que la limitation d'un droit ne peut pas être poussée jusqu'à porter atteinte à l'essence du droit lui-même et à l'ambiguïté inhérente au test de proportionnalité, qui exige une limitation « dans la stricte mesure où la situation l'exige ».

Pour ces raisons, certains pays européens (non l'Italie) ont choisi de procéder à la notification des déclarations de dérogation prévue par l'article 15, au moins en ce qui concerne les droits les plus affectés par les mesures de confinement, dont la liberté de circulation et la liberté d'association, pour lesquelles le dépassement de la limite de ne pas compromettre l'essence du droit semble plus facile, en exprimant l'engagement du gouvernement de maintenir les limitations des droits fondamentaux dans les limites du strict nécessaire, selon des principes s'inspirant des plus hautes valeurs démocratiques<sup>9</sup>.

Les mesures adoptées au sujet du confinement ont eu une nature et une portée juridiques différentes selon les contextes ; il y a eu la simple invitation, la persuasion morale, l'avertissement, l'ordre, et la prescription accompagnée de l'exécution et de la sanction.

Comme la Cour suprême du Wisconsin l'a souligné dans le cadre d'une affaire récente, dont la portée dépasse le contexte américain, le pouvoir judiciaire est appelé à surveiller attentivement l'exercice de la puissance publique pendant les périodes d'urgence, afin de garantir le plus grand respect de l'équilibre

délicat entre les libertés individuelles et les intérêts de la collectivité. Cela ne peut faire abstraction de l'exigence démocratique, car c'est précisément pendant la tempête de l'urgence que, s'il est important de pouvoir agir avec rapidité et souplesse, c'est toujours dans le respect des principes et des libertés fondamentales qui rendent un pays démocratique<sup>10</sup>.

La Cour a estimé que l'ordre « *safer at home* » (plus sûr à la maison) qui avait été imposé localement pour limiter la propagation du virus était invalide parce qu'il était structuré comme un acte général et abstrait ayant une portée normative, plutôt que comme un acte de nature providentielle typique des ordres. Le corollaire sur lequel se base le juge américain est qu'il ne peut y avoir de liberté publique si les pouvoirs législatif et exécutif sont réunis entre les mains d'une même autorité, d'où la nécessaire séparation entre les normes et les ordres (*rules and orders*). La prolongation de l'état d'urgence ne peut justifier la stabilisation permanente de pouvoirs extraordinaires entre les mains du gouvernement, mais exige que la voie démocratique ordinaire de la prise de décision politico-normative, garantie par le Parlement, soit suivie autant que possible.

C'est justement en période d'urgence qu'un contrôle judiciaire rigoureux est nécessaire, capable de protéger les droits et libertés individuels, même en temps de crise, afin que l'urgence ne devienne pas elle-même une source de droit. C'est précisément dans les situations d'urgence, face aux tensions et aux pressions les plus fortes, que la Constitution doit s'imposer comme un rempart et une garantie incontournables du cadre institutionnel et des situations juridiques individuelles.

Le problème est que la sensibilité des gens à la limitation des libertés individuelles, ainsi que des libertés économiques, semble varier en fonction de la relation de chacun avec les institutions de son pays. Ainsi, la hiérarchie des valeurs inscrites dans la Constitution peut varier d'un pays à l'autre, selon les choix parfois arrêtés par l'exécutif en dehors du circuit réglementaire traditionnel.

Est-il possible que cela continue à arriver dans une Europe qui s'est dotée, le 12 décembre 2007, d'une Charte des droits fondamentaux<sup>11</sup>, considérée comme ayant la même valeur juridique que les traités ?

Comme on le sait, on accorde aux traités un effet vertical et horizontal, qui peut être invoqué devant toute juridiction nationale selon l'interprétation fournie à plusieurs reprises par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>12</sup>. Il a été

(7) Aux termes des art. 8 à 11 et de l'art. 2 para. 4 de la Conv. EDH, des limitations peuvent être imposées aux droits des individus si elles résultent de « mesures nécessaires dans une société démocratique » pour sauvegarder, entre autres, « la santé publique », et l'art. 5 prévoit au para. 1, point e), que le droit à la liberté individuelle peut être restreint « s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse ».

(8) À ce sujet, G. Cataldi, *Art. 15. Deroga in caso d'urgenza*, in A. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (dir.), *Commentario breve alla CEDU*, Padoue, 2012, p. 555. Sur ce thème, R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, traduction en anglais de J. Rivers, Oxford, 2002 (original en allemand 1985). Au sujet de l'équilibrage, entre autres, Aa. Vv., *Il processo, luogo della tutela dei diritti anche e soprattutto nell'emergenza. Dialogando con il Presidente Patroni Griffi sulla giustizia amministrativa*, en *Federalismi.it*, 13, 2020, 13 maggio 2020 ; A. Buratti, *Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria ? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte*, in *Diritti comparati*, 1<sup>er</sup> mai 2020. La question s'est posée de savoir si chaque mesure individuelle prise pour faire face à l'urgence dépassait ou non les limites fixées par chaque clause de limitation. Parmi les autres participants au débat, A. Spadaro, *Do the containment measures taken by Italy in relation to COVID-19 comply with human rights law ?*, in *EJIL Talks*, 16 mars 2020.

(9) Comme il a été démontré par certaines études, « weak democratic governance rarely bother with derogation because they are not concerned about domestic repercussion », ainsi E.M. Hafner-Burton, L.R. Helfer, C.J. Farris, *Emergencies and Escape : Explaining Derogations from Human Rights Treaties*, in *International Organizations*, 65, 2001, p. 679.

(10) Cour suprême du Wisconsin, 13 mai 2020, sur la légalité de l'ordonnance d'urgence 28 du département des services de santé, qui avait ordonné à toutes les personnes du Wisconsin de rester à l'intérieur, de ne pas voyager et de cesser toutes les activités déclarées non « essentielles », sous peine d'une peine d'emprisonnement d'un mois, d'une amende ou des deux. *Wisconsin Legislature v. Secretary-Designee Andrea Palm*, 2020 WI 42 du 13 mai 2020. Sur ce thème, parmi les autres, D. De Lungo, *Un atto di coraggio costituzionale. La Corte Suprema del Wisconsin dichiara illegittimo il Safer-at-Home Order*, in *Diritti comparati*, 18 mai 2020 et in *IBL Istituto Bruno Leoni*, 332, 27 mai 2020.

(11) La Charte reprend pour l'essentiel les droits et libertés fondamentaux reconnus dans les Constitutions des différents États européens et dans la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH).

(12) Concernant l'efficacité horizontale directe des traités, v. *ex multis* CJUE, 17 avr. 2018, aff. C-414/16, *Egenberger*, RTD eur. 2019. 387, obs. F. Benoît-Rohmer ; *ibid.* 397, obs. F. Benoît-Rohmer ; CJUE, 6 nov. 2018, aff. C-684/16, *Max-Planck*, AJDA 2019. 559, étude C. Fernandes ; RDT 2019. 261, obs. M. Vériel ; RTD eur. 2019. 401, obs. F. Benoît-Rohmer ; *ibid.* 651, étude L. He ; *ibid.* 693, obs. S. Robin-Olivier ; CJUE, 6 nov. 2018, aff. jtes C-569/16 et C-570/16, *Stadt Wuppertal c/ Mme Bauer*, AJDA 2018. 2165 ; *ibid.* 2019. 559, étude C. Fernandes ; RDT 2019. 261, obs. M. Vériel ; RTD eur. 2019. 387, obs. F. Benoît-Rohmer ; *ibid.* 401, obs. F. Benoît-Rohmer ; *ibid.* 693, obs. S. Robin-Olivier. En dernier, en matière de doctrine, F. Ferraro, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, in *Federalismi.it*, 22 mai 2019, www.federalismi.it. Auparavant, CJUE, 4 juin 2015, aff. C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH*, en particulier points n<sup>os</sup> 33 s., AJDA 2015. 1585, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; RTD eur. 2016. 77, obs. D. Berlin ; Rev. UE 2017. 53, chron. L. Ayache et C. Michellet, et *Minister for Justice and Equality [GC]*, points n<sup>os</sup> 35 et 36 faisant référence aux arrêts du 9 mars 1978, aff. C-106/77, *Simmenthal*, points n<sup>os</sup> 17, 21 et 24, et du 6 mars 2018, aff. C-52/16 et C-113/16, *SEGRO et Horváth*, points n<sup>os</sup> 46 et jurisprudence citée.

précisé que « serait dès lors incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire »<sup>13</sup>.

L'Europe doit tirer des leçons des expériences récentes, pour offrir un cadre institutionnel de référence capable d'assurer au citoyen européen le soutien nécessaire et la protection uniforme des libertés et des droits fondamentaux. En effet, l'idée selon laquelle « le juge administratif – juge de droit commun du droit de l'Union européenne – est en premier lieu appelé à interpréter le droit national à la lumière du droit de l'UE » s'applique dans ce contexte.

## Droit et libertés fondamentaux et juridictions nationales : fragmentation des méthodes de pondération et de protection

Entre 2020 et 2022, le débat sur la protection des droits et libertés fondamentaux a concerné la jurisprudence de nombreux pays européens, avec des résultats parfois très différents en termes de méthode de pondération adoptée et d'équilibre.

La charte constitutionnelle française prévoit la possibilité de limiter les libertés individuelles en des situations d'urgence et de danger (état de siège et état d'urgence), mais le gouvernement a choisi de créer un instrument spécifique pour faire face à l'épidémie de covid-19 : l'état d'urgence sanitaire<sup>14</sup>. Face aux restrictions des libertés fondamentales, le Conseil d'État a toutefois ordonné au gouvernement de lever l'interdiction générale et absolue de se réunir dans les lieux de culte<sup>15</sup> et de prendre des mesures proportionnées aux risques sanitaires, et adaptées au plan de déconfinement dit progressif, conformément au principe « vivre avec le virus, agir progressivement, adapter localement »<sup>16</sup>. Une interdiction générale et absolue de toute forme de réunion ou de rassemblement dans les lieux de culte a été jugée disproportionnée par rapport à l'objectif de protection de la santé publique. On s'est donc interrogé sur les formes, les modes et la gradualité des mesures prises pour garantir la santé publique.

(13) V., CJUE, 9 mars 1978, 106/77, *Simmenthal*, point n° 22 ; CJCE, 19 juin 1990, aff. C-213/89, *Factortame et a.*, point n° 20, AJDA 1990. 832, obs. P. Le Mire ; *ibid.* 1991. 267, chron. T. Debard et C. Alibert ; D. 1990. 547, note J.-C. Fourgoux ; RFDA 1990. 912, note J.-C. Bonichot ; CJUE, 8 sept. 2010, aff. C-409/06, *Winner Wetten*, point n° 56, AJDA 2010. 2305, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; Rev. UE 2015. 562, étude S. Van Raepenbusch.

(14) CSP, art. L. 3131-12. Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19. Par la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020, l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'art. 4 de la loi d'urgence n° 2020-290 du 23 mars 2020 a été prolongé jusqu'au 10 juill. 2020 inclus.

(15) CJA, art. L. 512-2.

(16) Ordonnances n°s 440366, 440380, 440410, 440531, 440550, 440562, 440563, 440590 du 19 mai 2020. Le Plan de déconfinement progressif a été présenté par le gouvernement à l'Assemblée nationale le 28 avr. et vise à assouplir progressivement les mesures de confinement sur une base régionale différenciée. En doctrine, entre autres, P. Costanzo, *Brevi note sulle soluzioni apprestate dalla Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità*, in « Consulta-online », 1, 2020, 17 avr. 2020.

L'Espagne a utilisé l'*estado de alarma* et certaines des restrictions aux libertés fondamentales introduites ont été contestées devant les tribunaux<sup>17</sup>. Dans une affaire concernant la non-autorisation d'une manifestation<sup>18</sup>, la juridiction nationale a jugé que la restriction de la circulation des personnes était nécessaire et proportionnée pour empêcher la propagation du virus, estimant que le droit à la vie et à la santé publique (art. 43, para. 2, de la loi constitutionnelle espagnole) l'emportait toujours sur le droit de manifester. Ainsi, le *Tribunal constitucional* a lui aussi réaffirmé la prévalence du droit à la vie et à l'intégrité physique de la population et, plus encore, de la protection de la santé publique sur le droit de réunion (art. 21 Const.)<sup>19</sup>. Il a également admis que les autorités publiques peuvent porter atteinte au droit de réunion et de manifestation garanti par la Constitution en modifiant les circonstances de leur exercice, en les interdisant ou en les limitant, à condition qu'il existe des raisons fondées telles que l'altération de l'ordre public avec un danger pour les personnes et les biens. Au contraire, dans des situations similaires, certains tribunaux locaux ont autorisé certaines manifestations, en estimant que l'*estado de alarma* peut limiter le droit fondamental de réunion et de manifestation, mais jamais le supprimer<sup>20</sup>. Le *Ministerio Fiscal* (ministère public) espagnol lui-même a fait valoir que l'état d'alerte ne limite pas le droit de réunion, permettant donc qu'il soit exercé de manière appropriée et sous le contrôle de l'autorité sanitaire<sup>21</sup>.

En Allemagne, seul le Parlement peut autoriser le gouvernement à prendre des décisions qui affectent les droits garantis par la Constitution<sup>22</sup>, et la Constitution ne prévoit pas explicitement la possibilité de limiter les droits fondamentaux en cas d'urgence, mais tant les tribunaux ordinaires que la Cour constitutionnelle fédérale ont été saisis ces derniers mois

(17) Aux termes de l'art. 116, al. 2 de la Constitution, le gouvernement peut prendre des mesures par décret en Conseil des ministres pour une période maximale de quinze jours. Cela doit être signalé au Congreso de los Diputados, immédiatement convoqué à cet effet, sans l'autorisation duquel il n'est pas possible de prolonger cette période d'urgence. V., entre autres, L. Cotino Hueso, *Confinamientos, libertad de circulacion y personal, prohibicion de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus*, in *Diario La Ley*, n° 9608, Section Doctrina, 6 avril 2020. E. Arana Garcia, *Covid 19 y Derecho Público en España : el virus que desnudó nuestro*, in « *Diritto pubblico dell'economia* », 17 mai 2020.

(18) Tribunal Superior de Justicia della Galizia, Sala de lo contencioso-administrativo, Seccion n. 1, arrêt n° 136 du 28 avril 2020. En doctrine, L. Cotino Hueso, *La posible constitucionalidad de las manifestaciones bajo ed. Covid 19 y el Decreto para el Tribunal Constitucional*, du 1<sup>er</sup> mai 2020.

(19) Contrairement à la jurisprudence constitutionnelle antérieure qui avait considéré le droit de réunion et de manifestation comme une manifestation collective de la liberté d'expression, exercée par le biais d'une association transitoire de personnes, qui fonctionne de manière instrumentale pour permettre l'échange et l'exposition d'idées, la défense d'intérêts ou la publicité de problèmes ou de revendications. Les éléments fondamentaux sont le nombre de personnes impliquées, la durée transitoire du regroupement, la licéité du but, le lieu. *Entre autres* Tribunal Constitucional de España, arrêt n° 85/1988, du 28 avril (BOE n° 128, du 28 mai 1988).

(20) Tribunal Superior de Justicia de Aragon, Seccion n° 1 de la Sala de lo contencioso-administrativo, arrêt n° 151 du 30 avril 2020.

(21) Contra, Departament d'Interior de la Generalitat de Catalunya dinnanzi al Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Seccion n° 2 de la Sala de lo contencioso-administrativo, arrêt n° 1223 du 24 avr. 2020.

(22) Comme on le sait, l'état d'urgence avait déjà été envisagé à l'article 48 de la Constitution de Weimar, disposant que « lorsque la sécurité ou l'ordre public du Reich est gravement perturbé ou compromis, le président du Reich peut prendre les mesures nécessaires pour le rétablir en recourant, si nécessaire, à la force armée ».

de certaines mesures restrictives prises par l'administration pendant l'urgence covid<sup>23</sup>. La Cour constitutionnelle (*Bundesverfassungsgericht*) a récemment estimé que la limitation du droit de réunion pour être considérée comme légitime, doit viser à protéger des biens de même poids, ou sous la garantie absolue du test de proportionnalité<sup>24</sup>. Lorsqu'elle adopte des mesures d'urgence, l'autorité est toujours tenue d'effectuer un examen approfondi des circonstances de chaque cas, afin de vérifier s'il est possible d'adopter d'autres mesures alternatives pour permettre l'exercice du droit garanti par la Constitution. La pondération des libertés et des droits fondamentaux exige l'application stricte des principes de proportionnalité et de pertinence dans l'évaluation du cas d'espèce et de tous les éléments et circonstances susceptibles de former le jugement<sup>25</sup>. Cela doit permettre de rendre l'exercice des droits fondamentaux effectif même en période de pandémie de covid-19, dans la mesure du possible, en évaluant chaque cas, selon le principe de proportionnalité. Pour définir correctement le niveau de limitation des libertés individuelles, il faut procéder à un examen rigoureux des circonstances, ce qui permet une éventuelle diversification des mesures, y compris sur base régionale.

En Italie, pendant la première phase de diffusion du virus, l'instrument du décret du Premier ministre a été retenu pour gérer l'urgence, sans graduer proportionnellement l'action administrative et sans faire aucune distinction entre les régions les plus frappées et les autres. Une seule zone rouge a été créée, délimitée par les frontières de l'État, au sein de laquelle l'exode du nord pour rentrer au sud était de toute façon quelque peu favorisé. Certains droits et libertés ont été suspendus et, dans de nombreux cas, il n'y a pas eu une évaluation adéquate de proportionnalité dans le choix des moyens.

Dans la gestion de celle qu'on qualifie de phase deux de reprise progressive et de « relance » du pays, la tension avec les gouvernements régionaux s'est exacerbée, et certaines régions parmi les moins frappées par la pandémie ont cherché à atténuer les restrictions, compte tenu de l'évolution des conditions et des éléments d'évaluation à considérer à la lumière des principes de proportionnalité et de pertinence<sup>26</sup>.

(23) Pour une vue d'ensemble de certaines des prises de position, v. les communiqués de presse du 7 avr. 2020 (Press Release N° 23/2020 of 08 April 2020) sur *Unsuccessful applications for preliminary injunctions in relation to the COVID-19 pandemic* e reperibile al seguente link : <https://bit.ly/3hcA8Ch>, e del 14 maggio 2020 (Pressemitteilung Nr. 36/2020 vom 14. mai 2020) recante *Unzulässige Verfassungsbeschwerden gegen Lockerungen und gegen Verlängerungen der Eindämmungsmaßnahmen zur Covid-19 Pandemie* (c'est-à-dire les décisions d'irrecevabilité des pétitions contre l'assouplissement et la prolongation des mesures de confinement de la pandémie), qu'on peut trouver au lien : <https://bit.ly/3fAMBQ1>. En doctrine, entre autres, A. De Petris, *Un approccio diverso : l'emergenza « collaborativa » del federalismo tedesco*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3, 2020.

(24) Appel contre les décisions du tribunal administratif de Stuttgart et du tribunal administratif du Land de Bade-Wurtemberg, Cour constitutionnelle fédérale, ordonnance du 14 avr. 2020 (1 BvQ 37/20).

(25) Cour constitutionnelle fédérale, ordonnance du 15 avr. 2020, 1 BvR 828/20. En première instance, les mesures d'urgence prises ont été confirmées par le tribunal administratif de Giessen et le tribunal administratif du Land de Hesse.

(26) Ordonnance n° 37 du 29 avr. 2020, concernant *Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-2019*.

Dans une affaire impliquant le tribunal administratif régional de Calabre<sup>27</sup>, le juge a considéré qu'il n'appartenait pas au juge administratif de se substituer aux administrations et d'établir le contenu des mesures administratives ; après avoir mis en balance les nombreux intérêts publics ou privés en jeu, il a annulé l'ordonnance régionale, estimant qu'il appartenait au Premier ministre d'identifier les mesures nécessaires pour contrer la propagation du virus.

Le raisonnement du juge ne propose aucune réflexion sur la question de la pondération entre les libertés/droits fondamentaux, et n'examine pas les intérêts en jeu, mais se limite à affirmer que la liberté d'initiative économique affirmée à l'article 41 de la Constitution ne peut être exercée, entre autres, de manière à porter atteinte à la sécurité des personnes, et qu'il n'existe pas de principe de légalité quant aux prescriptions à imposer à l'entrepreneur, qui peuvent donc également être adoptées par un acte de nature administrative.

Le pouvoir central d'identifier concrètement les mesures nécessaires pour faire face à l'urgence sanitaire serait justifié par le principe de subsidiarité, qui exige que, dans le cas d'une urgence de nature internationale, l'identification de mesures de précaution soit effectuée au niveau administratif unitaire (art. 118, para. 1, de la Constitution) et que la compétence législative dans les matières concurrentes telles que la protection de la santé et la protection civile soit transférée à l'État. Il ne s'agirait donc pas d'une « intervention substitutive de l'État », mais plutôt d'un dessaisissement des fonctions administratives en raison du principe de subsidiarité, accompagnée de « l'appel en subsidiarité » de la fonction législative<sup>28</sup>.

Aucune mention n'est faite du principe de proportionnalité et d'adéquation de la mesure par rapport au cas d'espèce. En revanche, il est fait référence au *principe de précaution*, qui doit guider l'action des autorités publiques dans un contexte d'urgence sanitaire, et au *principe de coopération loyale* entre les acteurs constituant la République italienne, qu'il faut entendre dans une seule direction (à savoir, du bas des niveaux administratifs vers le haut) et non dans un sens circulaire comme le prévoit au contraire le principe de subsidiarité de l'article 5 du Traité de l'Union européenne<sup>29</sup>.

De même, le tribunal administratif régional de la Campanie a suspendu l'ordonnance du maire de Naples qui avait été adoptée dans un sens différent et plus large que l'ordonnance du président de la région, en justifiant sa décision par la situation d'incertitude entraînée par la concurrence de deux disciplines différenciées et sans aucune forme d'équilibrage

(27) Tribunal administratif régional de Calabre, sec. 1, n° 00841/2020, 9 mai 2020, *Présidence du conseil des ministres c/ Gouvernement régional de Calabre*, REG.PROV.COLL. n. 00457/2020 REG.RIC. V. égal. Tribunal administratif régional Campanie, Naples, sec. V, décret n° 416 du 18 mars 2020.

(28) Il convient de souligner que l'art. 41 de la Constitution, en reconnaissant la liberté d'initiative économique, dispose qu'elle ne peut être exercée d'une manière qui porte atteinte à la sécurité, à la liberté et à la dignité humaine. Puisque la loi ne contient aucune réserve quant aux prescriptions à imposer à l'entrepreneur, celles-ci peuvent également être imposées par un acte de nature administrative, comme cela a été fait par le biais d'un décret du président du Conseil des ministres.

(29) Comme on le sait, le principe de subsidiarité vise à garantir que les décisions sont prises le plus près possible du citoyen. V. égal. le rapport annuel récent de la Cour constitutionnelle : M. Cartabia, *Relazione annuale della Corte costituzionale sul 2019*, 28 avr. 2020.

et de pondération. Ainsi, le tribunal administratif régional du Latium a refusé la possibilité de rouvrir les établissements de restauration en mai 2020<sup>30</sup> et la possibilité de rouvrir les établissements publics pour certains secteurs de manière différenciée selon la région, en tenant compte de la diffusion géographique du virus.

Par la suite, de nouvelles pistes de réflexion ont été proposées par l'ordonnance du tribunal de Rome n° 45986 du 16 décembre 2020, qui a jugé les décrets du Premier ministre (DPCM) comme des « actes entachés de multiples profils d'illégitimité et, en tant que tels, annulables ». Il est donc reconnu par la jurisprudence que l'instrument d'urgence adopté par le gouvernement a en fait imposé la « compression des droits fondamentaux prévus par la Constitution et les conventions internationales ».

Malgré l'existence d'une Charte des droits fondamentaux annexée aux traités fondamentaux en vigueur<sup>31</sup>, dans l'urgence, les jugements de pondération et d'équilibre demandés aux tribunaux nationaux saisis des recours judiciaires contre les mesures restrictives adoptées ont suivi des voies différentes selon des paramètres non uniformes. Ces différences sont imputables, entre autres, aux différentes manières d'appréhender le lien entre le pouvoir, les libertés et les droits fondamentaux, ainsi qu'à la relation même de l'administration avec les citoyens et vice-versa.

Dans certains cas, les principes de précaution et de coopération loyale l'ont importé sur celui de proportionnalité et d'adéquation. Cela a influencé le jugement du juge italien dans la définition de la mesure adoptée par rapport au cas d'espèce. La mise en balance entre droit à la santé et d'autres droits fondamentaux a été interprétée dans certains cas dans un sens restrictif et unidirectionnel.

La décision de ne pas procéder de manière uniforme au niveau européen en matière de protection des libertés et des droits fondamentaux prive effectivement les citoyens européens de la possibilité de bénéficier d'une protection identique, quel que soit le pays dans lequel ils résident. S'il est vrai que l'exercice d'équilibrage doit se faire au cas par cas et au plus près des besoins spécifiques, il est tout aussi vrai que le citoyen européen doit pouvoir compter sur une manière uniforme d'interpréter la relation entre les droits, les libertés fondamentales et l'exercice du pouvoir.

En effet, il est logique de parler de citoyenneté européenne si l'on est en mesure de protéger substantiellement, et non seulement formellement, les droits et libertés communs en termes d'interprétation et d'application.

S'il est vrai que la force réelle des traditions constitutionnelles communes réside dans la Cour de justice de l'Union

européenne, c'est-à-dire que ces traditions sont développées par la Cour<sup>32</sup>, la Cour devrait donner son soutien dans la situation d'urgence et tenter de réparer les déchirures dans le tissu des valeurs représentées par l'atteinte portée aux droits et libertés fondamentaux par l'urgence, au moins en imposant le respect du principe de proportionnalité. Cela permettrait de ne pas vider de sens l'objectif prioritaire du traité sur l'Union européenne, à savoir la création d'une Union de plus en plus forte entre les peuples de l'Europe (art. 1, para. 2 TUE), qui, comme on le sait, n'a jamais été conçue comme une alternative à l'identité nationale<sup>33</sup>.

## Les limites et dérogations des investissements dans les entreprises nationales à l'intérieur des frontières du marché unique européen

Les mesures d'urgence prises aux niveaux national et européen pour soutenir l'économie ont soulevé, entre autres, des questions de résilience par rapport aux fondamentaux du marché unique et de la politique de concurrence, notamment celle des aides d'État. La crise causée par la pandémie pose de nombreuses questions juridiques et institutionnelles, dont celles des formes et limites du soutien aux économies nationales et de l'expérimentation de formes innovantes de coopération institutionnelle.

Pour gérer les conséquences de l'urgence sanitaire, des mécanismes de flexibilité ont été prévus dans l'Union européenne pour l'application des règles sur les aides d'État, en laissant aux institutions locales la responsabilité de décider du type d'initiative à adopter pour soutenir les entreprises, tout en lançant en même temps une série d'actions de soutien aux marchés, capables de donner une force motrice à l'action des politiques économiques nationales dans certains secteurs<sup>34</sup>.

Pour les investissements étrangers directs (IDE), à l'égard desquels la compétence de l'Union européenne est reconnue par l'article 207 TFUE, dans l'urgence des tentatives ont été faites pour protéger les entreprises stratégiques d'éventuelles attaques spéculatives, mais cela s'est fait de manière non coordonnée, chacun à sa manière, dans son propre pays, en défendant ses propres entreprises, dans des secteurs considérés comme stratégiques. Il y a donc eu, encore une fois, un manque d'unité dans l'Union européenne dans la mise en place d'un filtrage européen des investissements directs étrangers.

(30) Tribunal administratif régional Campanie, Naples, sec. I, déc., 1<sup>er</sup> juin 2020, n° 1120 ; Tribunal administratif régional Lazio, sec. I, déc., 15 mai 2020, n° 3827.

(31) Concernant les marges de manœuvre accordées aux États, Cour de justice, 18 déc. 2014, avis 2/13, *adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, notamment points n°s 170 s.

(32) S. Cassese, *The Constitutional Traditions Common to the Member States of the EU*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4, 2017 ; B. Daves, *Internationale Handels- gesellschaft and the miscalculation at the inception of the ECJ's Human Rights Juris-prudence*, Cambridge, 2017 ; F. Belvisi, *The Common Constitutional traditions and the Integration of the EU*, First European Socio-Legal conference on European Ways of Law, Onati, 2005.

(33) L'art. 4, para. 2, du TUE prévoit en effet que l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités et leur identité nationale inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris le système d'autonomie locale et régionale.

(34) La Commission européenne est intervenue pour la première fois avec la communication du 20 mars 2020 (C 91 I/01), permettant aux États membres d'adopter des mesures en faveur de la relance économique par dérogation aux règles ordinaires en matière d'aides d'État : les « aides d'État ». Cadre temporaire, prolongé et complété le 3 avr. 2020, puis le 8 mai 2020 et le 29 juin 2020.

Entre autres, la Commission a explicitement encouragé les États membres à utiliser les systèmes existants et « toutes les autres options disponibles » pour défendre les économies nationales et les entreprises des secteurs stratégiques, en dépassant ainsi les limites imposées par le Règlement 452/2019/UE du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union, et en permettant à de nombreux pays de s'écarter de l'objectif de définir un cadre commun pour le filtrage des investissements directs étrangers (IDE).

Comme on le sait, l'octroi de pouvoirs spéciaux à l'État dans un contexte européen continue de soulever des questions de compatibilité avec le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), en raison de l'atteinte potentielle aux intérêts des investisseurs et de la violation de la liberté d'établissement et de la libre circulation des capitaux, ce qui constitue une entrave potentielle au fonctionnement du marché unique.

Avant la crise de la covid, la Commission européenne et la Cour de justice avaient cherché à favoriser une approche harmonisée, en faisant converger les législations nationales, en surmontant leurs asymétries et en favorisant une harmonisation croissante, dans une version européenne partagée par les États membres, avec l'adoption du Règlement européen de 2019. L'objectif était d'établir un système commun de contrôle des investissements étrangers, permettant aux États membres et à la Commission de contrôler les investissements directs étrangers dans l'Union qui pourraient donner lieu à des phénomènes « prédateurs », tout en permettant aux États de mettre en avant leurs situations et circonstances spécifiques.

La pandémie a déclenché des pulsions protectionnistes, qui ont trouvé un terrain propice dans une Europe fragile et ont inversé le processus de convergence qui avait été amorcé. Des mesures nationales, disjointes et hétérogènes, ont fragmenté le marché unique et entraîné des distorsions dans l'économie nationale et européenne. S'il est nécessaire de défendre les actifs stratégiques de l'Europe vis-à-vis des rachats prédateurs provenant de l'extérieur de l'Europe, il faut également éviter de mettre de nouveaux obstacles à la croissance de l'Union européenne par le biais des capitaux étrangers, compte tenu également de l'assèchement des flux d'investissements étrangers prévu pour les années à venir.

La diminution des flux d'investissements étrangers mondiaux déjà enregistrée entre 2015 et 2019 s'est accentuée en raison des mesures prises dans certains pays pendant la période d'urgence et du début des hostilités dans l'est de l'Europe, et risque de s'aggraver davantage dans un avenir proche<sup>35</sup>. Le débat reste ouvert sur la compatibilité de disciplines nationales en matière de filtrage des investissements directs étrangers avec un marché européen commun régi par une politique de concurrence unique, ainsi qu'avec le périmètre de légitimité identifié dans le Règlement UE 452/2019.

On peut se demander encore une fois s'il ne serait pas plutôt utile de considérer cette énième menace comme un défi européen à relever, de réagir à la peur en recherchant une plus grande cohésion interne entre les pays européens, d'inverser

le processus de fragmentation en stratégies nationalistes au profit d'une stratégie européenne commune qui soutienne, entre autres, une politique de filtrage des investissements directs étrangers. Cela permettrait de préserver le marché unique européen et protéger les intérêts fondamentaux de la Communauté, tout en répondant plus efficacement à ce nouveau besoin de sécurité et de protection des intérêts stratégiques de l'Europe. D'autre part, quel pays européen peut à lui seul rivaliser avec les Titans qui se profilent à l'horizon ? Quel citoyen peut se sentir en sécurité seul dans son propre pays ? Les vents de guerre venant de l'est rendent les pouvoirs spéciaux des États incapables de constituer une barrière adéquate et de servir de bouclier dans un contexte mondial complexe.

## Intervention publique, pouvoirs spéciaux, poussées protectionnistes et ambiguïtés

Avant l'application du Règlement de l'Union européenne, de nombreux pays européens avaient adopté une législation nationale visant à protéger les entreprises opérant dans des secteurs stratégiques par des mesures de filtrage des investissements étrangers<sup>36</sup>. La pandémie a exacerbé la crainte croissante de rachats prédateurs, poussant à l'adoption de mesures protectionnistes dans presque tous les pays européens et influençant les politiques d'investissement direct étranger<sup>37</sup>. La compatibilité desdites mesures avec la discipline européenne dépend surtout de l'objectif poursuivi par le mécanisme de filtrage des investissements : seuls les investissements étrangers susceptibles de constituer une menace pour la sécurité et l'ordre public peuvent être visés par ces dispositions.

Le gouvernement français, avant la pandémie, avait adopté le décret n° 2019-1590 du 31 décembre 2019 relatif aux investissements étrangers en France, dans le cadre d'une plus large réforme prévue par la loi du 22 mai 2019 relative à la croissance et à l'économie, dite loi Pacte, dont les dispositions s'appliquent aux demandes d'autorisation préalable déposées à partir du printemps 2020. L'intervention du législateur français précède la crise covid-19. Ce décret détermine le champ d'application du système de contrôle des investissements étrangers, la procédure de demande et d'obtention de l'autori-

(36) Selon la Commission européenne, une quinzaine d'États membres avaient introduit des mécanismes IDE en Europe en 2019. La Suède, l'Irlande, la Belgique, l'Estonie, la République tchèque, la Slovaquie et Malte envisagent de les introduire, tandis que la Bulgarie, la Croatie, Chypre, la Grèce et le Luxembourg ne prévoient pas de les mettre en œuvre.

(37) Pour une analyse comparative des modèles italien, français, espagnol et allemand, v. B. Raganelli, F. Marconi, *op. cit.* Sur ce point, v. P. Kowalski, *Will the post-COVID world be less open to foreign direct investment ?*, in *COVID-19 and Trade Policy : Why turning inward won't work*, R.E Baldwin e S.J. Evenett (eds.), A voxEU.org Book, 2020, selon laquelle les conséquences de la crise de la covid-19 pourraient être bien pires que la crise financière-économique de 2008-2009, voire même que la grande crise de 1929. À ce jour, 14 États membres ont mis en place un mécanisme de filtrage des investissements directs étrangers. La liste des mécanismes de filtrage notifiés par les États membres au titre de l'art. 3, para. 8, du règlement 2019/452 est disponible au lien suivant : <https://bit.ly/3hkuMow>.

(35) Vingt-troisième rapport sur la mesure des investissements G20, du 29 juin 2020.

sation préalable du ministre de l'Économie, et allonge la liste des informations et documents à fournir lors de la demande d'autorisation préalable. L'investissement pertinent est celui qui implique l'acquisition par un investisseur européen ou non européen du contrôle direct ou indirect d'une entreprise dont le siège social est établi en France, ou d'une branche d'activité d'une entreprise dont le siège social est établi en France, et le dépassement direct ou indirect, indépendamment ou de concert avec d'autres parties, du seuil fixé de droits de vote d'une entité régie par le droit privé français. Cette dernière disposition ne s'applique pas à l'investisseur étranger venant d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État partie à l'*Espace économique européen* ayant signé une convention avec l'administration française qui a comme objet la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale, et qui est domicilié dans l'un de ces États. Le ministre de l'Économie peut également être sollicité au préalable par l'entreprise, pour qu'il émette un avis sur le caractère essentiel et sensible des activités de l'entreprise. Cette solution est cohérente avec les principes de transparence et de simplification qui inspirent la réforme, ainsi qu'avec le principe de participation procédurale, qui oriente et circonscrit dans une certaine mesure le caractère discrétionnaire de l'exercice des pouvoirs spéciaux par le gouvernement.

À la suite de la propagation du virus, la Commission européenne a appelé les États membres à la vigilance et les a invités à utiliser tous les outils disponibles à l'échelle de l'Union et au niveau national afin d'éviter que la crise actuelle conduise à une perte d'actifs et de technologies critiques<sup>38</sup>, et les a invités à faire pleinement usage de leurs mécanismes de filtrage des investissements étrangers directs<sup>39</sup>.

En France, un arrêté du 27 avril 2020 a ajouté les biologies au domaine auquel s'applique le contrôle des investissements étrangers directs ; un décret du 22 juillet 2020 a abaissé de 25 % à 10 % le seuil de détention des droits de vote dans une société à partir duquel s'exerce le contrôle.

L'Espagne, par le décret royal n° 8/2020 du 17 mars 2020, a apporté des changements importants au cadre juridique des mouvements de capitaux et des investissements étrangers. Elle a imposé la suspension de la libéralisation des investissements directs étrangers dans des secteurs nationaux spécifiques, afin de renforcer la protection des entreprises espagnoles contre d'éventuels acheteurs étrangers et d'empêcher les entreprises non européennes d'en acquérir le contrôle en profitant de la baisse conjoncturelle du cours de leurs actions. Ces investissements ont été soumis à l'obligation d'autorisation préalable, condition indispensable de la validité et de l'efficacité juridique de l'investissement, sous peine d'une amende infligée à l'investisseur<sup>40</sup>.

(38) Communication COM(2020) 112 du 13 mars 2020, Réponse économique coordonnée à la flambée de COVID-19.

(39) Communication 2020/C 99 I/01 du 26 mars 2020, Orientations à l'intention des États membres concernant les investissements directs étrangers et la libre circulation des capitaux provenant de pays tiers ainsi que la protection des actifs stratégiques européens, dans la perspective de l'application du règlement (UE) 2019/452.

(40) Le décret royal n° 8/2020 du 17 mars 2020, tout en élargissant considérablement les cas dans lesquels une autorisation préalable est requise pour les investissements étrangers, ne s'applique qu'aux secteurs stratégiques qu'il identifie et qui coïncident en substance avec ce qui est établi dans le règlement, mais réserve au gouvernement la possibilité d'étendre les secteurs.

L'Allemagne a profité de la pandémie pour adapter sa législation sur le contrôle des IDE en adoptant une réforme d'envergure. La procédure de sélection des investissements directs étrangers est régie par la loi sur le commerce extérieur et les paiements (*Außenwirtschaftsgesetz*) du 6 juin 2013 et par l'ordonnance sur le commerce extérieur et les paiements (*Außenwirtschaftsverordnung*) du 2 août 2013. Les circulaires et les décisions générales du ministère fédéral de l'économie et de l'énergie (*Bundesministerium Für Wirtschaft und Energie*) guident le processus de sélection. En 2020, trois paquets d'amendements ont été adoptés, modifiant la loi sur le commerce extérieur et les paiements, en changeant les aspects procéduraux et substantiels du système de contrôle des investissements de l'Allemagne, afin de sauvegarder ses intérêts essentiels de sécurité. L'objectif général des modifications juridiques est d'adapter le contrôle des investissements aux dispositions du règlement européen et aux besoins d'urgence. Les domaines et les obligations ont été étendus, les seuils de compétence pour contrôle ont été abaissés et les conséquences juridiques ont été intensifiées.

En Italie, afin de prévenir et d'atténuer les éventuelles conséquences néfastes pour l'économie et les intérêts stratégiques nationaux, le gouvernement italien est intervenu avec un certain nombre de dispositions incluses dans le « décret sur les liquidités 2020 » (*Decreto liquidità*) du 8 avril 2020<sup>41</sup>, mesure de grande envergure et aux répercussions encore incertaines. Ce qui a relancé le débat sur la possibilité de concilier deux exigences apparemment contradictoires, à savoir la volonté d'assurer la protection nationale des intérêts stratégiques d'une part, et celle de garantir la « contestabilité » des entreprises sur le marché et de protéger la concurrence d'autre part.

Le décret a en effet modifié, entre autres, les pouvoirs spéciaux d'intervention dont dispose l'État afin de prévenir les intrusions illégitimes d'opérateurs étrangers dans certains secteurs stratégiques du tissu économique national, dans une situation exacerbée par la volatilité des marchés. Cette réglementation renforce le filtrage des investissements étrangers, en s'inspirant de ce qui s'est passé dans d'autres pays, mais avec quelques particularités et différences importantes.

Elle étend le parapluie de protection, jusqu'ici limité à la défense, à la sécurité nationale, à l'énergie, aux transports et aux communications, à un certain nombre d'autres secteurs, donnant ainsi au gouvernement un important pouvoir d'intervention. Tout investissement étranger dépassant 10 % doit être autorisé au préalable, ce qui a pour effet d'entraîner une forte augmentation des notifications. Mais une particularité supplémentaire est que les investissements étrangers provenant d'autres pays européens sont désormais également considérés comme étrangers<sup>42</sup>.

On a voulu ainsi parachever un processus de réforme commencé avec la réglementation de 2012 et qui a ensuite évolué vers une extension progressive de la portée des pouvoirs gouvernementaux.

(41) Décret-loi n° 23 du 8 avr. 2020, converti en loi n° 40 du 5 juin 2020, art. 15, 16 et 17.

(42) B. Raganelli, F. Marconi, *op. cit.*



La réglementation d'urgence italienne élargit le périmètre objectif des secteurs soumis aux pouvoirs spéciaux, en raison de leur plus grand attrait pour les acteurs internationaux pendant et après la période d'urgence, en étendant la surveillance gouvernementale aux entreprises qui ont des actifs ou des relations stratégiques dans une série de secteurs qui inclut désormais expressément et temporairement les infrastructures financières.

Des mesures ont été prises pour chacun des piliers à la base de la réglementation nationale sur le *golden power* (pouvoirs spéciaux), à savoir le champ d'application, les conditions déclenchant les obligations de notification, les pouvoirs d'intervention de l'État en cas de danger pour les intérêts nationaux et la structure de contrôle. En bref, comme le demande la communication de la Commission européenne, les modifications réglementaires ont suivi deux axes parallèles : d'une part, le renforcement des mécanismes existants, assurant la pleine efficacité des nouveautés introduites par le décret-loi n° 105/2019 et, d'autre part, l'introduction de nouvelles compétences complétant les mécanismes déjà définis par le décret-loi n° 21/2012, en comblant certaines lacunes procédurales et organisationnelles<sup>43</sup>.

Le décret esquisse une trame complexe visant à assurer une intervention publique forte dans certaines opérations de marché, identifiées sur la base d'une délimitation sectorielle et typologique, avec des différences calibrées selon le critère de l'origine européenne ou non européenne de l'investisseur « étranger ». Ce schéma est fortement influencé par une approche politique de la question plus large des bornes entre le public et le privé dans ce que l'on pense devoir être une économie de marché libre. Cela apparaît clairement lorsque l'on compare les mesures d'urgence prises dans les différents pays.

Plusieurs doutes et ambiguïtés apparaissent par rapport à la réglementation d'urgence italienne. Celle-ci change le paradigme du rôle de l'État, qui intervient sur le marché pour « protéger » les entreprises nationales, alimentant ainsi les craintes d'une dérive dirigiste.

Ce qui inspire de l'inquiétude est, tout d'abord, l'expansion horizontale des secteurs soumis au contrôle du gouvernement, mais aussi l'expansion verticale, incluant des entreprises non cotées et de toute taille, toujours appartenant à une liste de secteurs classés comme stratégiques. Le périmètre des pouvoirs spéciaux dits « *golden power* » est élargi, avec des pouvoirs de veto et d'interdiction du gouvernement, à tous les secteurs stratégiques visés à l'article 4 paragraphe 1 du règlement UE 2019/452, à savoir : assurance, crédit, finance, eau, santé, cybersécurité, nano- et biotechnologies, communications et médias, traitement ou stockage de données, aérospatiale, défense, infrastructures électorales ou financières, installations sensibles, investissements dans les terrains et bâtiments indispensables à l'utilisation de ces infrastructures. Il a également été précisé que le secteur du crédit et des assurances, le secteur de la santé, la production, l'importation et la distribution en gros d'équipements médicaux, médico-chirurg-

giques et de protection individuelle doivent être considérés comme étant inclus dans le secteur financier.

Le risque est que l'évaluation du bien-fondé de la réglementation du secteur pour garantir la protection des intérêts essentiels de l'État, c'est-à-dire la protection de la sécurité et de l'ordre public, soit conditionnée par l'interprétation des événements et par la sensibilité politique du moment.

Les concepts évoqués dans le décret italien sur les liquidités ont ensuite été précisés par le décret du Président du conseil du 30 décembre 2020 et les mesures définies comme « temporaires » dont il est question ont été prolongées jusqu'à la fin de l'année 2022 ; de plus, la Commission parlementaire pour la sécurité de la République (COPASIR), dans son rapport annuel au Parlement sur l'activité menée (2021-février 2022), a exprimé le souhait que la réglementation du *golden power* soit étendue également à la phase de *due diligence*, donc préalable au moment même de l'acquisition par un investisseur étranger d'une société italienne jugée comme stratégique.

Une particularité de l'approche italienne par rapport aux autres pays européens est la décision de soumettre les acquisitions de participations de contrôle, quelle que soit la nationalité de l'investisseur, à l'obligation de notification au bureau du Président du conseil et, donc, à l'exercice de pouvoirs spéciaux. Les investisseurs des États membres de l'Union européenne sont ainsi assimilés aux extracommunautaires, ce qui constitue une dérogation importante à la réglementation européenne. Cette disposition suscite des doutes et des interrogations quant à sa pleine compatibilité avec les règles établies par les traités européens et, en particulier, avec la libre circulation des capitaux. Il s'agit clairement d'un choix qui cause des tensions dans les relations intra-européennes avec les autres pays et qui soulève des questions de compatibilité avec la réglementation pour la protection de la concurrence et les dérogations aux réglementations sectorielles.

Une autre particularité concerne la possibilité pour le gouvernement d'engager d'office la procédure visant à l'exercice éventuel de pouvoirs spéciaux, au cas où l'entreprise tenue à le faire omettrait d'effectuer la notification préalable<sup>44</sup>. En outre, le pouvoir de contrôle du gouvernement sur l'opération de concentration est avancé au moment de la conclusion de la procédure de vérification du devoir de notification, plutôt qu'à la conclusion de l'opération.

Si elles sont interprétées de manière élastique et dange-reusement discrétionnaire, ces mesures pourraient bien constituer, à terme, un frein aux investissements étrangers, avec une perte consécutive de compétitivité pour le système productif italien, ainsi que pour l'ensemble de l'Europe. Un *golden power* défini de manière confuse et avec le spectre d'une application trop large risque d'être inefficace pour protéger de manière adéquate les activités stratégiques et garantir la sécurité nationale, en éloignant ainsi l'Italie d'investissements pré-

(43) Converti en loi n° 56 du 11 mai 2012, puis décret-loi modifié n° 22 du 25 mars 2019 converti en loi n° 41 du 20 mai 2019. Il a été suivi du décret-loi n° 105 du 21 sept. 2019 converti, avec des modifications, par loi du 18 nov. 2019, n° 133.

(44) La notification doit être faite dans les dix jours par la société concernée ou, dans le cas d'un achat d'actions, par l'acquéreur. Par conséquent, le Président du conseil dispose de 45 jours pour mettre son veto à la transaction ou imposer des conditions spécifiques. Le principe selon lequel une absence de réponse de l'administration vaut approbation s'applique. Jusqu'à la décision du gouvernement, les effets de la résolution ou de la transaction sont suspendus et, dans le cas d'un achat de participations, les droits de vote attachés à ces dernières sont eux aussi suspendus.

cieux au moment même où elle en aurait le plus besoin pour contenir les effets dévastateurs d'une crise qui touche notre pays plus que d'autres, étant donné les conditions de départ et les difficultés de sortie de la crise financière précédente.

Les larges pouvoirs discrétionnaires octroyés au gouvernement dans sa décision d'activer ou non les pouvoirs spéciaux ne doivent être considérés comme admissibles que dans la mesure où le respect très strict des principes de proportionnalité et de justesse est assuré. Il faut donc procéder prudemment : en clarifiant les doutes interprétatifs et les questions critiques soulevées ; en faisant bon usage du pouvoir discrétionnaire accordé au gouvernement, pour éviter de produire des effets de distorsion capables de soustraire des investissements précieux pour le pays au moment où il en aurait le plus besoin ; en définissant des procédures opérationnelles concrètes qui permettent de responsabiliser les sujets impliqués et de délimiter la discrétion dans l'évaluation technico-discrétionnaire ultérieure ; en encourageant une réflexion sur la relation entre les garanties participatives *ex ante* et le contrôle *ex post* de l'exercice des pouvoirs publics.

Les mesures d'urgence adoptées dans les différents États membres ne semblent pas toujours en mesure de garantir le respect du périmètre de légitimité identifié par la Commission ; celle-ci veut des « critères objectifs, stables et rendus publics » et des « raisons impérieuses d'intérêt général » dans les limites du règlement 452/2019/UE, permettant explicitement aux États membres d'adopter des mécanismes de contrôle des investissements directs sur leur territoire dans des secteurs spécifiques.

Les traits saillants de certaines mesures nationales semblent tracer un modèle fondé sur l'hypothèse que seule une intervention publique décisive peut gérer de manière adéquate les secteurs « clés » de l'économie nationale, faisant craindre toutefois qu'il ne soit pas en mesure, dans la pratique, de contenir les conséquences potentiellement néfastes d'une influence publique dominante dans les secteurs identifiés.

Parmi ces conséquences, il y aurait notamment une forte contraction du marché et le risque que la protection légitime de l'intérêt national dans des secteurs stratégiques finisse par devenir un point d'ancrage capable de justifier des mesures protectionnistes intra-européennes de nature permanente. Des mesures potentiellement justifiées dans des situations d'urgence ou de guerre, même avec des limites et des précautions précises et circonstancielles, risquent d'alimenter une « législation de crise » *sine die*, restreignant fortement la concurrence, avec les implications qu'entraîne une contraction de la concurrence.

Les réglementations d'urgence adoptées au niveau national risquent en fait de se traduire par des mécanismes protectionnistes entraînant une distorsion des intérêts européens au sens large, en poussant dans la direction opposée à celle de l'intégration. Le risque aussi est que l'histoire puisse continuer sans cesse à offrir des raisons d'urgence et de crise.

## Les nuages de la guerre : une nouvelle chance pour l'Europe sur la route de la convergence

Les nuages de la guerre qui s'épaississent à partir de l'Europe de l'est semblent nourrir de nouvelles poussées protectionnistes.

En Italie, des mesures ont été prises pour renforcer la réglementation sur le contrôle des investissements étrangers par l'exercice de pouvoirs spéciaux du gouvernement, compte tenu de la nature stratégique accrue de certains secteurs et de la nécessité de renforcer les structures administratives concernées.

L'adoption de mesures nationales et l'octroi de pouvoirs spéciaux aux États peuvent-ils constituer une barrière de protection suffisante pour rassurer les citoyens et les entreprises ? Ou sommes-nous plutôt confrontés à un autre défi, que l'Europe doit relever afin d'accélérer le processus d'intégration, de cohésion et de défense commune ?

En Italie, la loi n° 51 du 20 mai 2022, convertissant en loi le décret dit « Ukraine *bis* » (décret-loi n° 21 du 21 mars 2022), édicte des mesures urgentes pour contrer les effets économiques et humanitaires de la crise ukrainienne, et modifie une fois de plus les règles relatives au pouvoir dit « *golden power* ».

En matière de défense et de sécurité nationale, le champ d'application des contrôles est étendu à toutes les résolutions, tous les actes ou transactions effectués par l'assemblée des actionnaires ou des organes de direction de la société qui entraînent des changements dans la propriété, le contrôle ou la disponibilité des actifs. En ce qui concerne l'obligation de notification, le législateur a introduit la notification conjointe de l'opération par l'entreprise acheteuse et par l'entreprise cible. En outre, certaines dispositions concernant à la fois l'obligation de notification des acquisitions minoritaires par des opérateurs non communautaires et l'obligation de notification des prises de contrôle par des opérateurs intra-communautaires ont été pérennisées. L'établissement de nouvelles entreprises d'importance stratégique pour la défense et la sécurité nationale est également soumis au régime de notification.

Les nouvelles dispositions législatives prévoient des mesures visant à simplifier les procédures du *golden power* pour ce qui a trait aux méthodes de notification, aux délais et aux procédures d'enquête préliminaire, en introduisant également un système de pré-notification afin d'obtenir une évaluation préliminaire de la transaction. Afin de renforcer l'activité de coordination de la Présidence du Conseil des ministres dans le cadre des activités préparatoires à l'exercice du *golden power*, un groupe d'évaluation et d'analyse stratégique a été mis en place. Des nouveautés sont encore envisagées en matière de services de communication électronique à haut débit basés sur la 5G et la technologie du *cloud*, tout comme le renforcement de la réglementation en matière de cybersécurité.

Un aspect qu'il convient de souligner est la décision du gouvernement italien de stabiliser la disposition édictée à titre temporaire et prorogée à plusieurs reprises – au milieu

de contestations et de controverses, jusqu'au 31 décembre 2022 – qui prévoit l'obligation de notification même dans le cas où l'acquéreur d'actifs appartenant aux secteurs des communications, de l'énergie, des transports, de la santé, de l'agroalimentaire et de la finance/assurance-crédit serait un sujet de l'Union européenne, y compris ceux qui résident en Italie.

Il s'agit bien évidemment d'une disposition introduite pendant une période d'urgence en tant que mesure exceptionnelle, qui devient une règle et qui va manifestement à l'encontre de la législation européenne en matière de concurrence et du processus de convergence qui a mûri jusqu'à présent. Il s'agit d'une situation qui peut malheureusement être cohérente avec la tendance italienne à rendre structurelles des mesures qui avaient été conçues pour être temporaires et transitoires, par exemple avec la publication une fois par an de décrets dits « *milleproroghe* » (« mille prorogations »).

La direction tracée par le gouvernement italien est inquiétante, car elle fait de l'exception la règle, stabilise l'urgence, étend les pouvoirs spéciaux à des secteurs et des cas de plus en plus nombreux, et elle élargit le pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de ces pouvoirs. La mutation du provisoire en définitif passe par l'interprétation du concept d'« importance stratégique », comme une formule magique caractérisée par un haut degré d'élasticité et de flou, qui risque d'ouvrir la voie à des formes de limitation *sine ratio* et *sine die* de la liberté des opérateurs économiques, ainsi que de réduire la « contestabilité » des entreprises italiennes, en diminuant leur valeur potentielle.

Enfin, la référence explicite aux investisseurs européens pose un certain nombre de questions de compatibilité avec la législation sur la libre circulation des capitaux. Comme on le sait, l'article 65(1)(b) du TFUE reconnaît le droit des États membres « d'adopter des mesures justifiées par des raisons d'ordre public ou de sécurité publique » et la Cour de justice de l'Union européenne, dans sa jurisprudence, a offert aux États membres des exceptions à la discipline européenne sur la base de la clause reconnaissant « les exigences impérieuses d'intérêt général ». Il s'agit cependant clairement de dérogations justifiées par des raisons qui, par définition, ne peuvent pas devenir permanentes, sinon le concept même de dérogation ou d'exception perdrait toute valeur. Le caractère exceptionnel d'une mesure restrictive – des libertés individuelles ou de la liberté du marché – ne peut envisager d'exceptions, sous peine de causer l'effondrement de l'ensemble du système européen, dont le pilier est le principe de la libre concurrence.

Comme cela a été récemment rappelé, l'urgence ne peut pas créer de pouvoir, elle ne peut évidemment pas devenir elle-même une source de droit, ni affecter les pouvoirs des institutions indéfiniment<sup>45</sup>. Nous pouvons ajouter qu'elle ne peut pas introduire des dérogations ou des exceptions illimitées.

Le marché unique et la concurrence intra-européenne exigent un cadre homogène de règles, enfin orientées vers la

promotion des intérêts européens communs. Dans un marché unique et intégré, les interdépendances possibles entre les positions des différents États membres ne peuvent pas être ignorées. Le moment semble venu de jeter les jalons d'une véritable politique commune d'investissement visant, entre autres, à aborder la question de la sécurité au sein de l'Union, ainsi que de l'Union vis-à-vis de l'extérieur.

Dans cette perspective, le principe de proportionnalité doit être manié avec précaution, car il évoque une activité délicate d'équilibrage, qui doit être protégée contre toute forme d'abus ou de tentative d'abuser du pouvoir discrétionnaire d'interprétation lui-même, difficile à gérer surtout en période de difficulté.

Nous devons essayer de sortir au plus vite de cette phase de protection des frontières nationales et saisir l'occasion d'aller au-delà des tentatives du règlement européen de définir un cadre commun ; nous devons travailler à une stratégie européenne visant à soutenir un filtrage unique des investissements directs étrangers, préservant le marché unique et protégeant les intérêts fondamentaux de la Communauté, tout en répondant au besoin renouvelé de sécurité et de protection des entreprises stratégiques de chaque État membre, en les sortant ainsi de l'urgence.

En effet, faute d'une véritable évolution dans cette direction, les mesures nationales individuelles risquent de devenir un passe-partout capable de détruire le marché intérieur et l'Union elle-même, sans être réellement efficaces pour protéger et soutenir l'économie nationale.

Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, le processus de cession de la souveraineté nationale à l'Europe dans des domaines différents n'a pas été facile ou indolore. On s'est heurté à de nombreuses difficultés au cours des différentes étapes de l'évolution d'un chemin qui a permis aux peuples de l'Europe de passer de la coexistence à la coopération, des Communautés à l'Union, à la monnaie unique, à la construction d'une architecture financière européenne complexe, soutenue par une Union bancaire. Mais il est encore nécessaire de regarder plus loin, pour réfléchir aux limites et aux faiblesses que l'Europe a connues face à la crise récente et arriver à y faire face en étant plus unis qu'auparavant.

Il s'agit maintenant de savoir si les différents gouvernements seront en mesure de corriger la trajectoire et de combler les lacunes, en favorisant le développement équilibré d'une souveraineté européenne par un processus démocratique de légitimation politique, qui permettra d'éliminer les anciennes et nouvelles frontières entre les États, les économies et les peuples.

C'est une occasion pour l'Europe d'évoluer par une nécessaire réorganisation institutionnelle, favorisant la convergence fiscale et politique, permettant d'abandonner les positions de défense tous azimuts de la souveraineté des États dans tant de domaines, et de défendre des intérêts nationaux y compris à l'intérieur des frontières européennes.

(45) Cour suprême du Wisconsin sur le DHS 28 Emergency Order, 2020.