# CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. ANTONIO SAGGIO

présentées le 21 octobre 1999 *

## I — Objet du recours préjudiciel

1. Par le présent recours préjudiciel, le Conseil d'État (France) demande à la Cour d'interpréter l'article 73 D, paragraphe 1, sous b), du traité CE [devenu article 58, paragraphe 1, sous b), CE] et, en particulier, d'établir si un régime d'autorisation préalable des investissements étrangers directs peut être considéré comme justifié en tant que mesure restrictive destinée à la sauvegarde de l'ordre public intérieur, lorsqu'un tel régime prévoit que, en l'absence d'un rejet exprès de la demande d'autorisation dans un délai d'un mois suivant sa réception, l'autorisation est réputée définitivement acquise.

## II — Le cadre normatif

*Les dispositions communautaires pertinentes*

2. Avant l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne, qui a profondément modifié les dispositions communautaires en matière de libre circulation des capitaux, le traité CEE, dans son article 67, paragraphe 1, n'imposait pas aux États membres, à la différence des autres secteurs dans lesquels le marché commun se réalisait, une obligation d'ouverture des frontières aux capitaux provenant d'autres États membres — à l'exception de ceux afférents aux «échanges de marchandises, de services et de capitaux» [1]; il prévoyait en effet uniquement la suppression progressive «pendant la période de transition et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché commun» des restrictions aux mouvements des capitaux (article 67, paragraphe 1). Les articles 69 et 70, paragraphe 1, du traité attribuaient en outre au Conseil la mission de réaliser, par des directives spécifiques, «la mise en œuvre progressive des dispositions de l'article 67» et d'atteindre le «plus haut degré de libération possible».

3. Sur la base de ces dispositions, le Conseil, par directive 88/361/CEE, du 24 juin 1988, pour la mise en œuvre de

* Langue originale: l'italien.

1 — Avant l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne, qui a modifié intégralement les chapitres 1, 2 et 3 du titre II, à savoir les articles 103 à 113 du traité CEE, l'article 106, paragraphe 1, de ce traité prévoyait que «Chaque État membre s'engage à autoriser, dans la monnaie de l'État membre dans lequel réside le créancier ou le bénéficiaire, les paiements afférents aux échanges de marchandises, de services et de capitaux, ainsi que les transferts de capitaux et de salaires, dans la mesure où la circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes est libérée entre les États membres en application du... traité».

l'article 67 du traité [2], réalisait la libéralisation de la circulation des capitaux en imposant aux États membres de supprimer «les restrictions aux mouvements de capitaux intervenant entre les personnes résidant dans les États membres» (article 1er), et ce à partir du 1er juillet 1990 (article 6). La liste non exhaustive des opérations à considérer comme définitivement libéralisées est jointe en annexe à la directive. Les investissements directs figurent parmi ces opérations.

L'article 4 de la directive 88/361 prévoit en tout état de cause que les dispositions de celle-ci «ne préjugent pas le droit des États membres de prendre les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou de surveillance prudentielle des établissements financiers, et de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique».

4. Le traité sur l'Union européenne a remplacé, à compter du 1er janvier 1994, les articles 67 à 73 du traité CE par les articles 73 B à 73 G [3].

L'article 73 B (devenu article 56 CE) prévoit que, «Dans le cadre des dispositions du [chapitre 4 du titre III, chapitre précisément relatif aux capitaux et aux paiements], toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et les pays tiers sont interdites».

L'article 73 D prévoit que «L'article 73 B ne porte pas atteinte au droit qu'ont les États membres:... b) de prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers, de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique ou de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique».

*Les dispositions nationales pertinentes*

5. En droit français, la loi n° 66-1008, du 28 décembre 1966, relative aux relations financières avec l'étranger (ci-après la «loi n° 66-1008»), dispose à l'article 1er que «Les relations financières entre la France et l'étranger sont libres. Cette liberté s'exerce selon les modalités prévues par la présente loi, dans le respect des engagements internationaux souscrits par la France».

L'article 3, paragraphe 1, sous c), reconnaît en particulier au gouvernement le pouvoir

2 — JO L 178, p. 5.

3 — Le traité d'Amsterdam a en outre définitivement abrogé les articles 67 à 73 A du traité CE (article 6, point 39, du traité d'Amsterdam).

« pour assurer la défense des intérêts nationaux » de « soumettre à déclaration, autorisation préalable ou contrôle... la constitution et la liquidation des investissements étrangers en France ».

L'article 5-1, introduit par la loi n° 96-109, du 14 février 1996, dispose que « Le ministre chargé de l'économie, s'il constate qu'un investissement étranger est ou a été réalisé dans des activités participant en France, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique, ou qu'un investissement étranger est de nature à mettre en cause l'ordre public, la santé publique ou la sécurité publique ou qu'il est réalisé dans des activités de recherche, de production ou de commerce d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives destinées à des fins militaires ou de matériels de guerre, en absence de demande d'autorisation préalable exigée sur le fondement du c du 1° de l'article 3 de la présente loi ou malgré un refus d'autorisation ou sans qu'il soit satisfait aux conditions dont l'autorisation est assortie, peut enjoindre à l'investisseur de ne pas donner suite à l'opération, ou de modifier ou de faire rétablir à ses frais la situation antérieure » à l'investissement. Il dispose également que « Cette injonction ne peut intervenir qu'après l'envoi d'une mise en demeure à l'investisseur de faire connaître ses observations dans un délai de quinze jours ».

6. Le décret n° 89-938, du 29 décembre 1989, adopté en application de l'article 3 de la loi n° 66-1008, prévoit à l'article 11 que « Les investissements directs étrangers réalisés en France sont libres. Ces investissements font l'objet, lors de leur réalisation, d'une déclaration administrative ».

L'article 11 bis de ce même décret stipule en outre que « Le régime [de pleine libéralisation] défini à l'article 11 ne s'applique pas aux investissements visés au 1° du I de l'article 5-1 de la loi n° 66/1008 du 28 décembre 1966 relative aux relations financières avec l'étranger, modifiée notamment par la loi n° 96/109 du 14 février 1996 ».

L'article 12 dispose par ailleurs que « Les investissements directs étrangers réalisés en France relevant de l'article 11 bis sont soumis à l'autorisation préalable du ministre chargé de l'économie » que « cette autorisation est réputée acquise un mois après la réception de la déclaration d'investissement présentée au ministre chargé de l'économie, sauf si celui-ci a, dans ce même délai, prononcé l'ajournement de l'opération concernée » et que « le ministre chargé de l'économie peut renoncer au droit d'ajournement avant l'expiration du délai fixé par le présent article ».

L'article 13, enfin, prévoit que « Sont dispensés de la déclaration administrative et de l'autorisation préalable prévues aux articles 11 et 12 » une série d'opérations étroitement liées à la création ou à la modification de sociétés, investissements de montant limité, investissements dans

des catégories spécifiques d'entreprises ou réalisés pour l'acquisition de terres agricoles [4].

## III — La procédure nationale et la question préjudicielle

7. Le 1er février 1996, l'association Église de scientologie de Paris et la Scientology International Reserves Trust ont présenté au Premier ministre une demande d'abrogation des articles 11 ter et 11 quater du décret du 29 décembre 1989, relatifs au système d'autorisation préalable de certaines catégories d'investissements directs étrangers.

8. Il ressort des observations présentées par le gouvernement français que le recours qui est à l'origine de cette procédure a été introduit à la suite de deux mesures du ministre de l'Économie français par lesquelles il a ajourné l'exécution d'investissements étrangers destinés à l'Église de scientologie de Paris. La première mesure remonte au 27 avril 1995 et concerne des financements versés par l'Église de scientologie américaine pour reprendre tout le patrimoine de l'Église de scientologie de Paris. La seconde mesure, adoptée le 29 novembre 1995, concerne des investissements de l'Église de scientologie anglaise qui voulait, pour le compte de l'Église américaine, éteindre toutes les dettes de l'Église française [5].

Le 29 janvier 1996, les requérants de l'affaire au principal ont attaqué la décision du 27 avril 1995 devant le tribunal administratif de Paris. En même temps ils ont présenté au Premier ministre la demande d'abrogation qui est à l'origine de la procédure au principal.

Par décret du 14 février 1996, les articles 11 ter et 11 quater du décret de 1989 ont été abrogés; toutefois, le système d'autorisation préalable attaqué par les requérants dans le litige au principal est resté inchangé.

4 — Nous rapportons ci-après le texte de l'article 13 précité: «Sont dispensés de la déclaration administrative et de l'autorisation préalable prévues aux articles 11 et 12:
— la création de sociétés, de succursales, ou d'entreprises nouvelles;
— l'extension d'activité d'une société, succursale, ou entreprise existante;
— les accroissements de participations dans une société française sous contrôle étranger lorsqu'ils sont effectués par un investisseur détenant déjà plus de 66,66 p 100 du capital ou des droits de vote de la société;
— la souscription à une augmentation de capital d'une société française sous contrôle étranger par un investisseur, sous réserve qu'il n'accroisse pas à cette occasion sa participation;
— les opérations d'investissements directs réalisés entre les sociétés appartenant toutes au même groupe; les opérations relatives à des prêts, avances, garanties, consolidations ou abandons de créances, subventions ou donations de succursales, accordées à une entreprise française sous contrôle étranger par les investisseurs qui la contrôlent;
— les opérations d'investissements directs réalisés dans des entreprises exerçant une activité immobilière autre que la construction d'immeubles destinés à la vente ou à la location;
— les opérations d'investissements directs réalisés, dans la limite d'un montant de 10 millions de francs, dans des entreprises artisanales, de commerce de détail, d'hôtellerie, de restauration, de services de proximité ou ayant pour objet exclusif l'exploitation de carrières ou gravières;
— les acquisitions de terres agricoles.»

5 — Le gouvernement français rappelle aussi que le ministre de l'Intérieur a renouvelé sa demande d'ajournement des investissements destinés à financer l'activité de l'Église de scientologie, en se fondant sur l'existence de différentes procédures pénales contre des membres de l'Église de scientologie — accusés d'exercice illégal de la médecine, d'escroquerie et de violence — et sur la présence d'un risque diffus qu'ils usent de méthodes de nature à «tromper un public peu averti, en particulier en direction de la jeunesse».

9. Les associations en cause ont saisi le Conseil d'État en lui demandant d'annuler la décision implicite de rejet du Premier ministre relative à leur demande d'abrogation. Elles invoquaient l'excès de pouvoir et l'incompatibilité de la réglementation française avec les articles 73 B, 73 C du traité CE (devenu article 57 CE), 73 D, 73 E du traité CE (abrogé par le traité d'Amsterdam), 73 F et 73 G du traité CE (devenus articles 59 CE et 60 CE).

10. Estimant qu'il existait des doutes sur l'interprétation de ces dispositions du traité, le juge a quo a demandé à la Cour de se prononcer à titre préjudiciel sur la question de savoir si «les stipulations de l'article 73 D..., selon lesquelles l'interdiction de toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre États membres ne porte pas atteinte au droit qu'ont les États membres 'de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique', permettent à un État membre, en dérogation au régime de totale liberté ou de déclaration applicable aux investissements étrangers sur son territoire, de maintenir un régime d'autorisation préalable pour les investissements de nature à mettre en cause l'ordre public, la santé publique ou la sécurité publique, étant précisé que cette autorisation est réputée acquise un mois après la réception de la déclaration d'investissement présentée au ministre, sauf si celui-ci a, dans le même délai, prononcé l'ajournement de l'opération concernée».

## IV — Sur le fond

11. La question préjudicielle posée par le Conseil d'État revient essentiellement à demander de vérifier la légalité d'un système comme le système français d'autorisation préalable des investissements étrangers, légalité qui ne peut être liée qu'à la possibilité de considérer ce régime comme «justifié» au sens de l'article 73 D, paragraphe 1, sous b), du traité.

### *La jurisprudence communautaire sur les procédures de contrôle préalable relatives aux mouvements de capitaux*

12. La Cour a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la compatibilité de régimes nationaux de contrôle de l'importation et de l'exportation des capitaux avec les dispositions du traité. Comme on le sait, jusqu'à la date de la libéralisation complète de la circulation des capitaux, à savoir le 1er juillet 1990, les systèmes d'autorisation préalable ont été considérés comme compatibles avec la réglementation communautaire, dans la mesure où la nature conditionnée de cette liberté laissait entière la compétence des autorités nationales de soumettre à un contrôle — et éventuellement à une autorisation préalable [6] — la circulation des capitaux et permettait aussi la survivance de régimes ayant des effets restrictifs sur les mouvements en provenance et à destination de l'étranger. C'est donc dans cette optique que doit être

6 — Pourvu qu'une telle mesure soit nécessaire à la sauvegarde d'un intérêt national spécifique.

interprété aujourd'hui l'arrêt Casati, dans lequel la Cour a jugé compatible avec l'article 67 du traité la réglementation italienne qui imposait la déclaration de réexportation d'argent par le biais d'un formulaire établi par les autorités administratives. À cette occasion, la Cour a déclaré que «les mouvements de capitaux présentent... des liens étroits avec la politique économique et monétaire des États membres» et que donc «on ne saurait exclure que la liberté complète de tout mouvement de capital puisse compromettre la politique économique de l'un ou de l'autre des États ou provoquer un déséquilibre de sa balance des paiements, nuisant ainsi au bon fonctionnement du marché commun». Pour ces motifs, la Cour a interprété l'article 67 en ce sens que l'obligation de libéraliser les mouvements de capitaux «est variable dans le temps et dépend d'une appréciation des besoins du marché commun et de l'évaluation à la fois des avantages et des risques qu'une libéralisation pourrait présenter pour celui-ci» [7]. Cet arrêt ne peut être transposé dans la situation actuelle où les États membres n'ont plus désormais qu'une compétence, nous dirions résiduelle, de contrôle, laquelle ne peut être exercée que pour les motifs expressément prévus par l'article 73 D du traité.

13. Passons donc aux arrêts rendus dans les années 90, une fois achevé le processus de libéralisation de la circulation des capitaux.

Dans ces arrêts la Cour a jugé légal le système espagnol qui prévoyait que l'exportation de capitaux pour un montant supérieur à 5 millions de ESP était soumise à une autorisation administrative préalable. En interprétant les dispositions du traité sur la libre circulation des capitaux, la Cour ne s'est pas fondée sur l'étendue des compétences d'État existant encore mais sur la possibilité de justifier les restrictions imposées par l'État membre par l'exigence d'effectuer des contrôles dans les cas expressément prévus par le droit communautaire.

Dans l'affaire Bordessa e.a. de 1995 [8], les faits avaient eu lieu le 10 novembre 1992 avant l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, et le juge national avait donc posé la question sur l'interprétation en se référant uniquement à la directive 88/361 et pas aux dispositions du traité CE. Toutefois, tant la Cour que l'avocat général ont interprété non seulement l'article 4 de la directive mais aussi l'article 73 D, paragraphe 1, sous b), du traité, bien que cette dernière disposition n'ait précisément pas été en vigueur à l'époque des faits.

L'article 4 de la directive 88/361 prévoit que les États membres peuvent prendre (ou maintenir) des mesures destinées à faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, et prévoir l'obligation de déclarer

7 — Arrêt du 11 novembre 1981, Casati (203/80, Rec. p. 2595, points 9 et 10); Dans l'arrêt du 31 janvier 1984, Luisi et Carbone (286/82 et 26/83, Rec. p. 377, point 34), la Cour a proposé à nouveau cette interprétation des dispositions sur la libre circulation des capitaux, en déclarant qu'il faut «reconnaître aux États membres la compétence pour contrôler si des transferts de devises prétendument affectés à des paiements libérés ne sont pas détournés de ce but pour être utilisés aux fins de mouvements de capitaux non autorisés. À cet effet, les États membres sont en droit de vérifier la nature et la réalité des transactions ou des transferts en cause» (point 33);

8 — Arrêt du 23 février 1995 (C-358/93 et C-416/93, Rec. p. I-361). L'affaire est née du fait que les fonctionnaires de la douane espagnole avaient arrêté M. Bordessa et saisi à la frontière les 5 millions de ESP en sa possession parce que l'exportation de cette somme n'avait pas été préalablement autorisée par les autorités compétentes.

préalablement les mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique. L'article 73 D, paragraphe 1, sous b), reconnaît explicitement aux États membres le droit le plus général d'adopter en la matière «des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique».

À l'appui de la légalité de son régime, le gouvernement espagnol invoquait le fait que l'obligation d'autorisation pour les transferts de sommes importantes d'argent liquide était justifiée par des raisons liées à la lutte contre les délits souvent liés à cette opération, comme le recyclage d'argent, le trafic de stupéfiants, la fraude fiscale et le terrorisme, donc par des motifs d'ordre public.

L'avocat général observait à cet égard que «Les objectifs évoqués par le gouvernement espagnol nous paraissent pouvoir être également atteints, avec la même efficacité, par la voie d'une simple obligation de déclaration. La double exigence, à savoir celle d'identifier les personnes qui transfèrent à l'étranger d'importantes sommes d'argent (et, par conséquent, d'empêcher que ces opérations aient lieu sous le couvert de l'anonymat) et celle de procéder à d'éventuelles investigations supplémentaires visant à établir de possibles liens de l'opération en question avec certains délits, serait en réalité pleinement satisfaite par la déclaration. En outre, cela se réaliserait assurément dans le plein respect des obligations que le droit communautaire impose aux États membres en la matière» [9].

La Cour a adhéré à ces observations et a déclaré que «l'autorisation a un effet suspensif à l'exportation de devises et la subordonne cas par cas à l'approbation de l'administration qui doit être sollicitée par une demande spéciale» et que cela «reviendrait à soumettre l'exercice de la libre circulation des capitaux à la discrétion de l'administration et serait susceptible, de ce fait, de rendre cette liberté illusoire». En effet, l'obligation de l'autorisation «pourrait avoir pour effet d'empêcher les mouvements de capitaux effectués en conformité avec les dispositions du droit communautaire, ce qui irait à l'encontre de l'article 4, deuxième alinéa, de la directive». La Cour a donc conclu en ce sens que, «en vertu de cette dernière disposition, l'application des mesures et procédures visées au premier alinéa 'ne peut avoir pour effet d'empêcher les mouvements de capitaux effectués en conformité avec les dispositions du droit communautaire'»; en revanche, «une déclaration préalable peut

9 — Point 21 des conclusions. L'avocat général rappelait, à l'appui de cette interprétation, que déjà dans l'arrêt Luisi et Carbone, précité, la Cour avait déclaré que le pouvoir des États membres (lié à la libéralisation non complète de la circulation des capitaux) d'imposer des contrôles sur la nature et l'authenticité de mouvements libéralisés de capitaux n'autorisait pas à soumettre le transfert au «pouvoir discrétionnaire de l'administration» et que, en tout état de cause, en matière de libre circulation des marchandises tout pouvoir de soumettre à une autorisation l'importation ou l'exportation a été exclu. En particulier, dans l'arrêt du 8 février 1983, Commission/Royaume-Uni (124/81, Rec. p. 203, point 18), la Cour avait déclaré qu'«un système exigeant la délivrance d'autorisations administratives comporte nécessairement l'exercice d'un certain pouvoir discrétionnaire et est la source d'insécurité juridique pour les opérateurs économiques». La Cour avait en outre ajouté que l'objectif poursuivi pouvait être atteint en se limitant «à recueillir les renseignements... utiles, par exemple, par la voie de déclarations souscrites par les importateurs, assorties, le cas échéant, des certificats appropriés» (point 19 des conclusions).

constituer une mesure indispensable que les États membres sont autorisés à prendre puisque, contrairement à l'autorisation préalable, pareille déclaration ne suspend pas l'opération en cause tout en permettant néanmoins aux autorités nationales d'effectuer un contrôle effectif pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements» [10] (points 24 à 27).

*Arguments des parties*

14. Dans la présente affaire, le gouvernement français avance que son régime n'impose pas, à la différence du régime espagnol, une obligation d'autorisation pour toutes les opérations qui comportent des mouvements de capitaux de ou vers l'étranger, mais seulement pour celles qui sont expressément mentionnées à l'article 11 bis de la loi n° 66-1008. En effet, selon le gouvernement français, alors que l'article 3, paragraphe 1, de la loi n° 66-1008 disposait que, «pour assurer la défense des intérêts nationaux», le gouvernement peut introduire un système de déclarations ou d'autorisations préliminaires ou de contrôle sur la constitution et la liquidation des investissements étrangers en France, le décret n° 89-938, qui définit les limites du régime d'autorisation, établit au contraire expressément que l'autorisation n'est demandée que dans des hypothèses spécifiques parmi lesquelles figurent les investissements «de nature à mettre en cause l'ordre public». La loi n° 96-109, qui a modifié le régime institué par la loi n° 66-1008, et le décret n° 96-117, qui a modifié le décret de 1989, auraient donc inversé la logique du système français de contrôle des investissements étrangers dans la mesure où les dispositions aujourd'hui en vigueur se fonderaient sur un système de déclarations a posteriori des investissements et non d'autorisation préalable de ceux-ci. Dans le système actuel, la déclaration a la même valeur qu'une demande d'autorisation. En conséquence, le fait de prévoir une autorisation préalable répondrait à l'objectif de sauvegarder l'ordre public national; d'une part, en effet, l'opération serait suspendue seulement pour une période limitée — au maximum d'un mois — et, de l'autre, les mesures d'ajournement ne concerneraient que les cas extrêmes de menace réelle de l'ordre public.

Selon le gouvernement français, l'autorisation préalable a en substance uniquement pour but de mettre l'opérateur, incertain de la légalité de l'investissement, à l'abri de toute mesure ultérieure mettant en cause l'opération déjà réalisée.

15. La Commission fait par contre valoir que le régime français implique la suspension de l'investissement et que cela constitue en soi une restriction à la libre circulation des capitaux. Une telle restriction ne peut pas être considérée comme justifiée

10 — Cette jurisprudence a ensuite été confirmée par l'arrêt du 14 décembre 1995, Sanz de Lera e.a. (C-163/94, C-165/94 et C-250/94, Rec. p. I-4821). Dans cet arrêt, qui concerne des transferts de billets de banque en Suisse, la Cour a déclaré que l'article 73 C, paragraphe 1 (relatif aux mouvements de capitaux provenant de et dirigés vers un pays tiers), ainsi que l'article 73 D, paragraphe 1, sous b), du traité s'opposent à ce qu'«une réglementation nationale subordonne, d'une manière générale, l'exportation de pièces, de billets de banque ou de chèques au porteur à une autorisation préalable mais, en revanche, ne s'opposent pas à ce qu'une telle opération soit subordonnée à une déclaration préalable».

dans la mesure où elle agit non seulement dans les cas dans lesquels il existe une menace effective pour l'ordre public, la santé publique et la sécurité publique, mais aussi sur la base du simple soupçon que l'opération produise de tels effets. Selon la Commission, toutefois, le simple soupçon ne s'avère pas suffisant pour justifier la mesure restrictive, dans la mesure où elle se traduit par l'attribution à l'administration du pouvoir de bloquer arbitrairement les investissements étrangers. Pour éviter une telle conséquence, la réglementation nationale devrait prévoir des critères d'évaluation suffisamment précis et objectifs, c'est-à-dire pouvant être, le cas échéant, également soumis au contrôle du juge.

*Examen de la question*

16. Par la question préjudicielle examinée, le juge français vous demande essentiellement d'établir si un État peut adopter ou maintenir un régime d'autorisation préalable sans demander une telle autorisation pour tous les mouvements de capitaux de et vers l'étranger (comme le régime espagnol examiné dans l'affaire Bordessa e.a., précitée), mais seulement pour des catégories spécifiques d'opérations: et précisément seulement pour celles qui peuvent comporter le non-respect de dispositions internes ou se traduire par des menaces pour l'ordre public ou pour la sécurité publique et pour lesquelles le recours à un système fondé sur la déclaration ne serait pas suffisant pour éviter le risque de telles implications.

La réponse à la question doit à notre avis être positive. L'article 73 D, paragraphe 1, sous b), dont l'interprétation est demandée, se réfère à des mesures destinées à empêcher la violation de dispositions internes ou justifiées par des motifs d'ordre public ou de sécurité publique. Cette disposition n'exclut pas de façon absolue et inconditionnelle que lesdites mesures puissent avoir un caractère préalable et comporter la suspension d'une opération d'investissement ou le blocage temporaire des capitaux à la frontière. La formule «mesures indispensables pour faire échec à» se réfère en effet à des mesures de nature préventive plutôt qu'à caractère de sanction lesquelles, en principe, ne sont pas incompatibles avec des mesures d'autorisation qui comportent des obstacles — même si c'est pour un laps de temps limité — à l'importation ou à l'exportation de capitaux sur le territoire national.

Nous rappelons à cet égard que, dans l'arrêt Richardt et «Les Accessoires Scientifiques» [11], la Cour a interprété l'article 36 du traité CE (devenu, après modification, article 30 CE), en ce sens qu'une réglementation nationale qui impose la délivrance d'une autorisation spécifique pour le transport ou le transit de matériel stratégique est justifiée par des motifs de sécurité publique et est donc compatible avec le droit communautaire, au sens précisément de l'article 36.

L'extrême difficulté d'identifier et de bloquer les capitaux une fois qu'ils sont rentrés dans un État membre rend très forte la

11 — Arrêt du 4 octobre 1991 (C-367/89, Rec. p. I-4621).

nécessité de bloquer les opérations suspectes dès l'origine. C'est en effet une situation différente et plus difficile à contrôler que les situations qui peuvent se créer du fait de l'absence de contrôle préalable de la circulation des marchandises et des personnes.

En outre, le fait que les autorités des États membres puissent exercer un contrôle sur l'origine, la nature et l'objectif d'une opération suspecte avant qu'elle ne soit conclue et que ce contrôle entraîne la suspension de l'opération répond à des intérêts non seulement nationaux, mais aussi communautaires, dans la mesure où la sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité publique sur le territoire d'un État membre peut être importante également pour le reste du territoire communautaire, étant donné que les effets des opérations qui mettent en danger l'ordre public d'un pays s'étendent très souvent aussi au-delà des frontières nationales.

Nous estimons donc que, en l'état actuel du droit communautaire, les dispositions du traité, et en particulier l'article 73 D, paragraphe 1, sous b), n'empêchent nullement les États membres d'instituer des contrôles sur les investissements provenant de l'étranger par le biais d'une procédure ad hoc d'autorisation.

17. Mais quelles sont les conditions pour qu'une telle mesure restrictive soit «justifiée» au sens de l'article 73 D, paragraphe 1, sous b), et donc compatible avec les dispositions communautaires en la matière? Il ressort de votre jurisprudence que, pour établir si une mesure nationale qui produit des effets restrictifs sur la liberté de circulation des marchandises, personnes et capitaux sur le territoire communautaire est légale, il est nécessaire d'apprécier a) la nature des intérêts nationaux que l'État membre entend protéger, b) l'existence effective d'une menace pour l'intérêt que l'État entend protéger, c) la nécessité, ou mieux le caractère indispensable, de la mesure par rapport à l'objectif à atteindre et d) l'absence d'effets discriminatoires à l'égard des marchandises, personnes et capitaux en provenance ou à destination de l'étranger [12].

18. Quant à la condition sous a), nous rappelons que l'article 4 de la directive 88/361 reconnaît aux États membres le droit de «prendre les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou de surveillance prudentielle des établissements financiers, et de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administrative ou statistique». Le traité de

12 — L'existence de ces conditions est requise non seulement par rapport aux mesures concernant exclusivement des dispositions nationales relatives à l'importation et à l'exportation, mais aussi par rapport aux dispositions internes à caractère général qui peuvent produire des effets restrictifs sur la circulation des marchandises, personnes et capitaux. Nous rappelons que dans votre arrêt Gebhard, relatif à la compatibilité avec le droit communautaire des dispositions nationales sur l'ouverture d'un cabinet d'avocat, vous avez affirmé, en renvoyant à la jurisprudence antérieure en la matière, que «les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité doivent remplir quatre conditions: qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, qu'elles se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre» (arrêt du 30 novembre 1995, C-55/94, Rec. p. I-4165, en particulier point 37).

Maastricht a inséré cette disposition dans le traité CE en ajoutant aux hypothèses de mesures restrictives prévues celles relatives à des « mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique » (article 73 D). C'est à la lumière de cette dernière catégorie de mesures restrictives que le Conseil d'État et le gouvernement français demandent si le régime français d'autorisation peut être considéré comme justifié.

Quant à l'ordre public, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence établie, cette notion doit être entendue de façon restrictive et est soumise au contrôle des institutions communautaires et donc de la Cour. Déjà en 1974, par l'arrêt Van Duyn [13] qui a été à l'origine d'un courant jurisprudentiel établi, la Cour a en fait énormément réduit la fonction de cette clause de sauvegarde en affirmant, au point 18, que « la notion d'ordre public dans le contexte communautaire et, notamment, en tant que justification d'une dérogation au principe fondamental de la libre circulation des travailleurs doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de la Communauté ». La Cour a donc, d'une part, déclaré que les mesures nationales restrictives constituent des dérogations au régime communautaire général, et que donc elles doivent être interprétées de façon restrictive, et a, d'autre part, soumis la notion d'ordre public national à son contrôle juridictionnel.

13 — Arrêt du 4 décembre 1974 (41/74, Rec. p. 1337).

En particulier, sont à exclure de cette notion les intérêts de nature typiquement économique [14]. Un tel principe doit être étendu aussi à la matière examinée dans la mesure où admettre des dérogations pour des intérêts nationaux d'ordre économique signifierait faire revivre la réglementation antérieure aux modifications du traité de Maastricht qui autorisait les États membres à maintenir, et également à adopter, des mesures nationales destinées à la sauvegarde d'intérêts nationaux généraux au contrôle des mouvements de capitaux.

En conséquence, la consistance du flux des investissements en provenance ou à destination de l'étranger ne peut pas constituer à elle seule un motif suffisant pour justifier des mesures restrictives. Considérant toutefois que dans le traité actuellement en vigueur les dispositions sur la libre circulation des capitaux et sur la libéralisation des paiements ne sont pas dissociées mais sont au contraire les unes et les autres insérées dans le chapitre 4 du titre II, l'État peut recourir aux mesures de l'article 109 I (devenu article 120 CE) quand la crise dans la balance des paiements est causée tant par des flux de capitaux que par le paiement de biens ou de services [15].

14 — Dans l'arrêt du 28 octobre 1975, Rutili (36/75, Rec. p. 1219), en matière de libre circulation des personnes, la Cour, dans le cadre de l'interprétation de l'article 48, paragraphe 3, du traité CE (devenu, après modification, article 39, paragraphe 3, CE), souligne, en renvoyant à l'article 2 de la directive 64/221/CEE, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (JO 1964, 56, p. 850), que « les raisons d'ordre public ne sauraient être détournées de leur fonction propre par le fait qu'elles soient 'invoquées à des fins économiques' ». Voir en outre les arrêts de la Cour du 19 décembre 1961, Commission/Italie (7/61, Rec. p. 633), et du 10 juillet 1984, Campus Oil e.a. (72/83, Rec. p. 2727).

15 — L'article 109 I, paragraphe 1, du traité CE prévoit que, « en cas de crise soudaine dans la balance des paiements et si une décision au sens de l'article 109 H, paragraphe 2, n'intervient pas immédiatement, l'État membre intéressé peut prendre, à titre conservatoire, les mesures de sauvegarde nécessaires ».

En outre, la réglementation communautaire relative à la libre circulation des capitaux, à la différence de celle relative à la libre circulation des marchandises ou des personnes, permet non seulement la sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité publique, mais aussi des mesures de protection destinées à prévenir les « infractions aux lois et aux règlements » de l'État concerné. Il s'ensuit que, pour les capitaux, les États membres conservent une marge d'action plus large par rapport à celle dont ils jouissent en ce qui concerne la circulation des marchandises et des personnes, cela dans le sens où, dans le cadre de la circulation des capitaux, la menace effective de violation de dispositions internes, de quelque nature qu'elles soient, peut justifier l'adoption de mesures d'État restrictives [16]. Il ne fait en effet aucun doute que, comme l'a clairement affirmé la Cour dans l'arrêt Bordessa e.a., précité, le première hypothèse de mesures auxquelles se réfère l'article 73 D, paragraphe 1, sous b), inclut celles « justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique ».

Sur la base de ces considérations, nous estimons qu'une réglementation nationale, qui a, comme les dispositions françaises objet de la question préjudicielle, pour but de prévenir des violations de dispositions internes ou de sauvegarder l'ordre public (dans le sens indiqué plus haut) ou la sécurité publique, doit être considérée comme justifiée — du point de vue de ses finalités [condition sous a)] — au sens de l'article 73 D et est donc compatible avec les dispositions du traité.

19. Passons aux conditions sous b) et c) relatives respectivement à la gravité de la menace et au caractère proportionné de la mesure par rapport à l'objectif poursuivi. Nous traiterons ensemble ces deux points parce qu'ils concernent des circonstances étroitement liées les unes aux autres.

Quant à la menace de violation de dispositions internes ou d'atteinte à l'ordre public national, on sait que, comme l'a rappelé la Commission, pour justifier l'adoption de mesures nationales restrictives, il ne suffit pas qu'il existe un risque général mais il est nécessaire qu'il existe une menace effective pour l'ordre public et la sécurité publique ou une menace de violation de dispositions nationales et donc une certitude absolue que le capital puisse compromettre des intérêts déterminés.

La mesure nationale qui comporte un obstacle à la circulation des capitaux — comme des marchandises et des personnes — doit en outre constituer la seule mesure efficace, en ce sens qu'elle doit être proportionnée par rapport à la gravité de l'éventuelle violation de dispositions et principes internes et doit aussi constituer le seul instrument de prévention.

16 — Nous rappelons que l'article 73 D, paragraphe 1, sous a), du traité reconnaît aux États membres le droit « d'appliquer les dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui établissent une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis ».

Le caractère effectif du risque et le caractère proportionné de la mesure limitent le pouvoir discrétionnaire des autorités nationales d'adopter des mesures restrictives, avec pour conséquence évidente d'exclure la possibilité que la mesure donne lieu à une discrimination dans le traitement des capitaux en provenance ou à destination de l'étranger.

Dans l'arrêt Richardt et «Les Accessoires Scientifiques», précité, la Cour, reprenant ce qu'elle avait affirmé dans son arrêt Campus Oil e.a. [17], a déclaré que «l'article 36 du traité n'a pas pour objet de réserver certaines matières à la compétence exclusive des États membres, mais admet seulement que les législations nationales fassent exception au principe de la libre circulation des marchandises dans la mesure où cela est et demeure justifié pour atteindre les objectifs visés à cet article»; en outre, cet article, «en tant qu'exception à un principe fondamental du traité, doit être interprété de façon à ne pas étendre ses effets au-delà de ce qui est nécessaire pour la protection des intérêts qu'il vise à garantir» [18].

Dans l'arrêt Bouchereau, en matière de libre circulation des personnes, la Cour a affirmé que l'existence d'une telle menace doit être appréciée «dans chaque cas d'espèce, compte tenu de la condition juridique particulière des personnes relevant du droit communautaire et du caractère fondamental du principe de la libre circulation des personnes» [19].

Il est donc évident qu'une mesure adoptée pour empêcher la violation de dispositions internes — comme précisément une procédure d'autorisation préalable — peut se référer uniquement à des types d'opérations, ou à des types spécifiques de mouvements de capitaux, qui risquent effectivement d'être à l'origine d'une violation de dispositions internes. Autrement dit, le régime doit concerner des faits déterminés et déterminables [20]. Admettre donc des mesures nationales de prévention pour des catégories générales d'opérations reviendrait à reproduire un régime généralisé d'autorisation pour les investissements provenant de l'étranger, semblable au régime espagnol examiné dans l'arrêt Bordessa e.a., précité, et serait donc dans une certaine mesure incompatible avec les dispositions du traité.

20. C'est précisément le cas de la loi française qui, même si elle identifie certai-

17 — Arrêt précité dans la note 14, points 32 à 37.

18 — Points 19 et 20 des motifs. Nous rappelons en outre que dans l'arrêt Rutili, précité, qui concerne une mesure allemande de limitation du droit d'un ressortissant étranger de circuler sur le territoire national, la Cour, dans le cadre de l'interprétation de l'article 48, paragraphe 3, du traité, a relevé que la restriction à la libre circulation ne pouvait être justifiée que dans le cas où la présence ou le comportement de l'intéressé constitue «une menace réelle et suffisamment grave pour l'ordre public».

19 — Arrêt du 27 octobre 1977 (30/77, Rec. p. 1999). En particulier, la Cour a relevé que l'existence d'une condamnation pénale «ne peut être retenue que dans la mesure où les circonstances qui ont donné lieu à cette condamnation font apparaître l'existence d'un comportement personnel constituant une menace actuelle pour l'ordre public» et que donc une telle menace ne s'identifie pas avec le fait de commettre un délit mais subsiste dans le cas où l'individu intéressé persiste dans un comportement déterminé (points 28 à 30).

20 — Nous rappelons que, eu égard à la libre circulation des personnes, l'avocat général Mayras, dans ses conclusions présentées le 13 novembre 1974 dans l'affaire Van Duyn, précitée, a exclu que, sur la base de l'article 48 du traité, on puisse considérer comme légale une mesure de protection de l'ordre public qui consiste en une mesure de «police collective».

nes catégories d'opérations de financement, n'en indique pas avec précision le contenu (sauf pour celles relatives à l'achat et à la vente d'armes). En effet, une législation comme la législation française qui impose l'obligation de demander une autorisation préalable pour toutes les opérations qui «sont de nature à mettre en cause l'ordre public, la santé publique ou la sécurité publique» inclut une série déterminée et générale d'opérations et n'est donc pas liée au risque effectif de graves violations de dispositions internes.

Le régime français prévoit l'adoption de mesures qui consistent dans le refus d'autorisation et donc dans l'interdiction de faire entrer les capitaux sur le territoire national. L'adoption de ces mesures n'intervient qu'après que les autorités administratives ont établi l'existence du risque de menace pour l'ordre public ou la sécurité publique ou de violation de dispositions internes. La légalité de ces mesures doit être appréciée en relation avec les circonstances du cas d'espèce.

La présente affaire met en outre en cause une autre mesure restrictive; il s'agit de la suspension, pour une période maximale d'un mois, de toutes les opérations qui rentrent dans les catégories indiquées dans l'article 11 bis. Comme le relève à juste titre la Commission, ce type de mesure n'est pas lié à une menace effective de violation de dispositions internes ou à des motifs d'ordre public, dans la mesure où le contrôle de l'administration sur ces aspects n'est effectué qu'à un moment postérieur au blocage de l'opération, lequel, en raison de la nature des opérations, a lieu dès la présentation des demandes de la part des investisseurs. Cela rend la mesure manifestement disproportionnée par rapport à l'objectif et donc injustifiée.

Le gouvernement français attire l'attention sur le fait qu'en tout état de cause l'autorisation est considérée comme délivrée en cas de silence de l'administration sur la demande des investisseurs. À notre avis, cette circonstance ne fait pas disparaître les effets restrictifs de la législation nationale dans la mesure où la suspension de l'investissement pour la période d'un mois, laps de temps relativement long pour conduire à son terme une opération d'investissement, produit déjà en soi des effets restrictifs sur l'entrée des capitaux sur le territoire national.

En outre, contrairement à ce que relève le gouvernement français, un tel système met l'investisseur dans un état d'incertitude sur l'existence ou non de son obligation de demander l'autorisation et attribue à l'administration un pouvoir discrétionnaire, pour l'adoption de ce genre de mesures, qui n'est pas compatible avec le droit communautaire. Même l'éventuel contrôle ultérieur par le juge national ne ferait en fait pas disparaître l'effet restrictif produit par le régime dans son ensemble.

21. Nous ajoutons par ailleurs qu'un investissement ne constitue pas en soi une «menace». La mesure restrictive doit donc être motivée, cas par cas, par rapport à la personne dont proviennent les capitaux ou

à l'objet et au but de l'investissement. Ce n'est donc que par rapport à des opérations concrètes ou à des secteurs d'activité déterminés et bien circonscrits que les autorités nationales peuvent estimer qu'il existe une menace réelle pour l'ordre public et la sécurité publique ou un risque de violation de dispositions internes, et qu'elles sont donc en droit d'adopter des mesures, y compris l'imposition d'autorisations préalables. Cette remarque vaut certainement pour les investissements dans des secteurs relevant du contrôle exclusif de l'État, comme précisément la défense nationale.

Il en résulte que, dans un cas comme le cas d'espèce dans lequel une association religieuse est appelée à répondre d'escroquerie et d'évasion fiscale, l'État membre peut, par une mesure ad hoc, soumettre à un contrôle préalable les investissements destinés à la financer dès lors qu'il existe un risque que l'association viole des dispositions internes, surtout de nature pénale.

22. Passons à la dernière condition sous d) nécessaire pour justifier une mesure restrictive: la mesure nationale ne doit pas être discriminatoire à l'égard des capitaux étrangers ou destinés à l'étranger.

Nous rappelons à cet égard que l'article 73 D, paragraphe 3, du traité (de même que d'ailleurs l'article 36) stipule que les mesures nationales de sauvegarde « ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée à la libre circulation des capitaux et des paiements telle que définie à l'article 73 B ».

La Cour a affirmé dans l'arrêt Conegate, portant sur l'interprétation de l'article 36, qu'« un État membre ne saurait invoquer des raisons de moralité publique pour interdire l'importation de certaines marchandises en provenance d'autres États membres lorsque sa législation ne comporte aucune interdiction de fabriquer ou de commercialiser ces mêmes marchandises sur son territoire ». La Cour a ajouté que, « bien qu'il ne soit pas nécessaire... que la fabrication et le commerce des produits dont l'importation a été interdite soient défendus sur le territoire de toutes les parties constitutives, il faut au moins que l'ensemble des règles applicables permette de dégager qu'elles ont pour objet d'aboutir, en substance, à une interdiction de fabriquer et de commercialiser ces produits » [21].

Il est évident qu'une mesure de prévention, qui institue une procédure d'autorisation préalable pour les investissements en provenance de l'étranger et destinés à financer des secteurs et activités à risque, doit être accompagnée de mesures nationales relatives aux investissements internes de contenu analogue.

21 — Arrêt du 11 mars 1986 (121/85, Rec. p. 1007, points 17 et 18); voir aussi arrêts du 14 décembre 1979, Henn et Darby (34/79, Rec. p. 3795), et du 8 juillet 1975, Rewe-Zentralfinanz (4/75, Rec. p. 843).

Cela signifie que, dans un cas comme le cas d'espèce, une mesure qui impose l'obligation de demander l'autorisation pour les investissements provenant de l'étranger et destinés à financer l'activité de l'Église de scientologie doit avoir pour pendant une mesure ayant des effets analogues qui a pour objet les investissements nationaux.

## V — Conclusions

23. Sur la base de ces observations, nous proposons à la Cour de répondre à la question préjudicielle posée par le Conseil d'État dans les termes suivants:

«L'article 73 D, paragraphe 1, sous b), du traité CE [devenu article 58, paragraphe 1, sous b), CE] doit être interprété en ce sens qu'il n'autorise pas un État membre à introduire ou à maintenir en vigueur un régime d'autorisation préalable concernant les investissements directs provenant de l'étranger lorsque ceux-ci peuvent mettre en danger l'ordre public ou la sécurité publique, sans définir les types d'investissements pour lesquels une demande d'autorisation doit être soumise aux autorités nationales».