

ÉTUDE DE CAS DU PORT DE NEW YORK DE DUBAI PORTS WORLD

*par Alexander Blumrosen, Avocat aux Barreaux de Paris et de New York,
avec l'assistance de Nour El Ghadban,
Polaris Law, Paris*



Polaris Law

*Numéro spécial conçu, préparé et réalisé par Marina Guérassimova et
les Professeurs David Chekroun, Gilles Pillet (ESCP Business School)*

En octobre 2005, une société basée à Londres, Peninsular and Oriental Steam Navigation Company (P&O), a accepté d'être achetée par une société portuaire basée à Dubaï appelée *Dubai Ports World* pour un montant de 6,85 milliards de dollars américains. Cette vente a suscité une controverse aux États-Unis car grâce à cette opération l'investisseur obtiendrait les droits d'exploitation dans six grands ports américains, dont des terminaux dans la région de New York et du New Jersey, soulevant des questions de sécurité nationale.

Dubai Ports World appartient au gouvernement de Dubaï. Elle a été créée en 2005 par la fusion de l'autorité portuaire de Dubaï avec une autre société d'état ayant des activités internationales. En 2006, *Dubai Ports World* était devenu le sixième opérateur mondial, étendant ses activités à la Chine, à l'Australie, à l'Allemagne, à la République dominicaine et au Venezuela, et des projets supplémentaires étaient en cours de développement en Inde, au Pérou et en Corée du Sud.

Alors que P&O avait commencé comme une compagnie de ferries de premier plan au Royaume-Uni, elle était

devenue en 2006 un opérateur portuaire majeur dont les activités étaient si vastes que, grâce à l'acquisition envisagée, *Dubai Ports World* deviendrait le quatrième opérateur mondial de ports à conteneurs.

Les deux parties à l'opération considéraient que cette opération pourrait soulever des questions de sécurité nationale qui devraient être examinées par le gouvernement des États-Unis. En conséquence, en septembre 2005, elles ont notifié au Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) leur intention de déposer une notification volontaire auprès du Comité. Les parties ont également organisé un briefing complet pour le CFIUS, ainsi que de multiples briefings préalables à leur déclaration officielle pour l'ensemble des agences du CFIUS. En conséquence, le CFIUS a demandé avant même la déclaration de l'opération une évaluation des services de renseignement sur l'acquéreur étranger, *Dubai Ports World*, afin de déterminer s'il a l'intention ou la capacité de menacer la sécurité nationale des États-Unis.

Le CFIUS a le pouvoir d'examiner et d'évaluer tous les investissements étrangers qui ont lieu aux États-Unis afin de s'assurer que les acquisitions par des entreprises ou états étrangers ne présentent pas de menaces importantes pour la sécurité nationale américaine. Le CFIUS fonctionne sur la base du consensus, chaque agence gouvernementale membre effectuant sa propre analyse interne des effets sur la sécurité nationale de la transaction proposée, y compris une analyse approfondie de l'investisseur étranger.

Le département du Trésor sert de point de contact entre les parties et le Comité dans son ensemble et est chargé de diriger et d'organiser chaque enquête. La réglementation fédérale qui régit les opérations du CFIUS prévoit une période d'enquête initiale de 30 jours, qui peut être suivie d'une période supplémentaire de 45 jours si nécessaire pour une évaluation approfondie.

Le 16 décembre 2005, les sociétés ont signifié leur déclaration officielle auprès du CFIUS, ce qui a fait démarrer la période d'instruction initiale de 30 jours. L'agence qui a co-dirigé cette enquête avec le Trésor était le *Department of Homeland Security*, qui est l'agence membre du CFIUS possédant une expertise spécifique en matière de sécurité portuaire.

L'enquête du CFIUS a révélé qu'après l'acquisition, *Dubai Ports World* n'aurait pas d'incidence négative sur la sécurité nationale des États-Unis, car l'investisseur étranger ne générerait pas directement la sécurité portuaire et ne serait propriétaire d'aucun des ports qu'il gère. En effet, le rôle de *Dubai Ports World* devait se limiter au chargement et au déchargement des marchandises, comme c'était le cas

auparavant pour P&O, toutes les opérations de sécurité sensibles étant confiées à des sous-traitants américains.

En outre, les Émirats arabes unis avaient été un partenaire stratégique des États-Unis en matière de lutte contre le terrorisme et de non-prolifération, ayant autorisé le pré-positionnement de personnel militaire et d'avions américains sur son territoire avant la guerre du Golfe de 2003 et soutenant généralement la présence des forces américaines dans la région. En outre, les Émirats arabes unis étaient un partenaire des États-Unis depuis 2002 dans le domaine de la sécurité portuaire au sein du programme multinational visant à protéger le commerce mondial contre le terrorisme, le *Container Security Initiative (CSI)*.

Les ministères des Transports et de l'Énergie ont également été associés à l'examen du CFIUS. Au cours de la période d'examen, le ministère de la Sécurité intérieure a négocié avec l'investisseur des lettres d'assurance stipulant que la gestion de toutes les installations aux États-Unis serait confiées exclusivement à des ressortissants américains, qu'ils aideraient et fourniraient au Département toutes les informations demandées et qu'ils désigneraient un dirigeant d'entreprise américain pour servir de point de contact avec le *Department of Homeland Security* pour toutes les questions de sécurité.

Le CFIUS a approuvé la transaction en janvier 2006, estimant qu'il n'y avait aucune menace pour la sécurité nationale des États-Unis.

Malgré l'approbation du CFIUS, la vente s'est heurtée à une opposition politique, de nombreux grands lobbyistes faisant pression sur le Congrès américain pour qu'il bloque la vente. Cette opposition a conduit les parties elles-mêmes à demander une enquête plus approfondie de 45 jours, afin d'apaiser les opinions divergentes. La commission a donc entamé une enquête plus approfondie sur l'opération en février 2006. Le président Bush était toutefois d'avis que la vente était inoffensive, suite à la première enquête et à l'approbation du CFIUS, et a déclaré publiquement, au milieu des objections politiques du Congrès y compris des membres de son propre parti politique, qu'il opposerait son veto à toute loi éventuelle visant à bloquer l'opération.

Afin de tenter de répondre aux préoccupations du public, *Dubai Ports World* a annoncé en février qu'il reporterait momentanément la transaction en attendant les résultats de l'enquête approfondie, qui, selon eux, serait également positive. Néanmoins, en mars 2006, au cours de l'enquête de 45 jours menée par le CFIUS, la Commission de finances de la Chambre des représentants des États-Unis a approuvé par 62 voix contre 2 un amendement qui aurait

bloqué la transaction. Bien que l'amendement n'ait jamais été adopté par le Congrès, n'ayant pas été accepté par le Sénat, l'investisseur a néanmoins considéré ce vote très médiatisé de la Commission des finances de la Chambre comme un signe que le public n'accepterait pas l'opération, même si elle était approuvée par le CFIUS. Peu après le vote de la Commission des finances de la Chambre, *Dubai Ports World* a vendu les opérations controversées de gestion portuaire à une société américaine, Global Investment Group.

Les autorités portuaires locales qui auraient été affectées par l'acquisition ont adopté des approches différentes concernant cet investissement. Le président-directeur général du port de la Nouvelle-Orléans a pris ses distances par rapport au débat, laissant la décision entre les mains de l'Etat fédéral. Plus militant, le gouverneur du New Jersey et l'autorité portuaire de New York et du New Jersey ont engagé plusieurs actions en justice contre le CFIUS et les agences fédérales qui le composent pour ne pas avoir fourni aux autorités locales des informations adéquates, en violation de la souveraineté des différents états concernés, même si le Tribunal a finalement statué contre le gouverneur.

Par ailleurs, l'autorité portuaire de New York et du New Jersey a intenté une autre action en justice, arguant que le transfert du contrat avec le port de Newark aurait violé un contrat de location conclu en 2000, car l'autorité portuaire n'a pas été consultée. En d'autres termes, le locataire des locaux loués (le port) aurait illégalement sous-loué la propriété sans l'approbation du propriétaire. En conséquence, l'autorité portuaire a menacé de rompre le bail du terminal à conteneurs au port de Newark pour empêcher la société basée à Dubaï d'y reprendre ses activités.

En réaction à la politisation de cette affaire, la réglementation du CFIUS a été réécrite en 2007 sous le titre de *Foreign Investment and National Security Act* (FINSA), qui a été finalisée en 2009. Cette loi a assuré la prééminence juridique du Comité dans l'évaluation de toutes les menaces pour la sécurité nationale qui pourraient résulter des acquisitions étrangères d'entreprises américaines. Elle est également conçue pour fournir au Comité un certain degré d'isolation contre les pressions du Congrès.

FINSA modifie en particulier la section 271 de la Loi sur la production de défense de 1950 et établit une base statutaire pour le CFIUS, en lui donnant une autorité indépendante explicite pour négocier des accords d'atténuation des risques (*mitigation agreements*) avec les entreprises, ce qui était auparavant une pratique administrative du CFIUS. La FINSA a également réduit la composition du Comité à six membres du cabinet, à savoir le département de la sécurité intérieure, le département de la défense, le département du commerce, le département d'État, tout en ajoutant le département de l'énergie comme nouveau membre. Néanmoins, la FINSA a maintenu les délais existants pour la conduite des enquêtes de sécurité, précédemment établis par l'amendement Exon-Florio de 1988.

En outre, la FINSA a mieux cerné les responsabilités des responsables au sein du CFIUS, en créant un nouveau poste affecté au Secrétaire adjoint du Département du Trésor, chargé de contrôler le processus du CFIUS et de rendre compte au Congrès, notamment par le biais d'un rapport annuel qui relate toutes les opérations examinées. Ces rapports sont également envoyés aux responsables du Congrès ayant compétence sur le CFIUS, ainsi qu'aux sénateurs et représentants des localités concernées dans le cas d'un investissement étranger impliquant une infrastructure critique.

Ces rapports doivent décrire les mesures prises par le CFIUS, identifier les facteurs pris en compte et fournir une assurance écrite que la transaction acceptée ne menace pas la sécurité nationale des États-Unis. L'assurance écrite est également requise si des accords d'atténuation ont été conclus et doit préciser les préoccupations à l'origine de ces mesures. Tout membre du Congrès ayant reçu un tel avis peut demander un briefing sur la transaction ou sur les conditions imposées dans un accord d'atténuation. Ces séances d'information peuvent être classifiées, conformément à l'obligation de confidentialité du CFIUS.

Ainsi, le dossier *Dubai Ports World* a profondément modifié les procédures du CFIUS et le rôle du Congrès dans le contrôle des investissements étrangers aux États-Unis.