

Mondialisation et investissement

Rapport du point de vue de l'Allemagne

Prof. Dr. Florian Bien et Rüdiger Morbach, Université de Wurtzbourg (Avril 2016)

1. L'ÉTAT, LE RÉGIONALISME ÉCONOMIQUE ET L'INVESTISSEMENT DIRECT ÉTRANGER (IDÉ)

1.1

Votre pays participe-t-il à l'un de ces accords dits de nouvelle génération? Quels ont été les arguments mis de l'avant et comment votre opinion publique y a-t-elle réagi?

La République fédérale d'Allemagne participe à tous les accords commerciaux régionaux signés par l'Union Européenne. Cependant elle ne peut pas en tant qu'Etat conclure un tel accord étant donné que depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne la compétence en matière de politique commerciale commune appartient exclusivement à l'Union (art. 3 al. 1 lit. e) TFUE). Ainsi, depuis 2009 l'Allemagne n'a conclu plus aucun traité bilatéral d'investissements.¹ Les débats sur la participation aux accords commerciaux régionaux semblent se focaliser essentiellement sur l'Accord économique et commercial global (AECG, CETA en langue anglaise) et sur le Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI, TTIP en anglais). Ces deux accords font l'objet d'un développement détaillé à la question suivante.

1.2

Accord de libre-échange Nord-américain (ALÉNA), Accord économique et commercial global (AECG), Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP), Partenariat Trans pacifique (PTP), etc... À l'échelle internationale et nationale, les réactions sont très contrastées vis-à-vis de ces méga-accords. L'essentiel des critiques tourne surtout autour de l'éventualité réelle ou supposée d'une limitation de la marge de manœuvre règlementaire des États en matière de régulation des IDÉ. Ce débat a-t-il lieu dans votre pays et comment s'est-il traduit dans vos réformes législatives respectives?

En tant que membre de l'Union européenne l'Allemagne est concernée par tous les accords commerciaux signés par l'Union, dont l' AECG (CETA) et le PTCI (TTIP). Les deux accords ont fait l'objet de débats intenses en Allemagne et continuent encore à défrayer la chronique. Plusieurs manifestations sont organisées principalement contre le TTIP. Il convient de citer à titre d'exemple la grande marche de contestation organisée en octobre 2015 à Berlin avec plus de 100 000 participants. Les principales sources des préoccupations des manifestants concernent notamment le manque de transparence des procédures des négociations, la crainte d'abaissement des normes relatives à la protection de l'environnement et à la qualité des pro-

¹ Ministère fédéral de l'économie de l'énergie (Bundesministerium für Wirtschaft und Energie), <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Aussenwirtschaft/Investitionsschutz/investitionsschutzvertraege.html> [24.02.2016].

duits ainsi que le recours à l'arbitrage comme mécanisme de règlement des différends. Le débat ne se limite pas seulement à l'AECG (CETA) et au PTCI (TTIP), mais concerne aussi en général le libre échange en soi et les accords qu'il nécessite ainsi que la problématique du transfert de souveraineté de l'Allemagne à l'Union européenne, y compris la question de transparence de l'action des pouvoirs publics surtout au regard de l'opacité qui caractérise le processus des négociations de l'AECG (CETA) et du PTCI (TTIP). Pour répondre à cette critique, les députés se sont vu accorder la possibilité d'avoir, de manière assez limitée, accès aux documents et aux informations sur l'état du processus des négociations. Aussi, le Ministre fédéral de l'économie, M. Gabriel, chef du parti des Socio-Démocrates (SPD), a formulé des propositions en rapport avec la critique fondée sur les procédures privées d'arbitrage (cf. question 8). Toutefois, il n'existe à ce jour aucune réforme législative en Allemagne en la matière.

1.3

Malgré la libéralisation de l'investissement, on note dans de nombreux pays une tendance à un resserrement des règles en matière de procédures d'agrément des fusions-acquisitions internationales. Les États semblent vouloir exercer un plus grand contrôle et opérer une certaine sélectivité des entreprises susceptibles d'être admises sur leur territoire. Observez-vous cette tendance dans votre pays? Comment se manifeste-t-elle?

La question de contrôle des participations des entreprises étrangères au capital des sociétés commerciales allemandes s'était posée pour la dernière fois entre 2007 et 2009. Les débats qui s'en suivirent avaient abouti à un amendement controversé de loi allemande relative au commerce extérieur (Außenwirtschaftsgesetz), amendement qui avait introduit la possibilité de contrôle et d'interdiction de participations des étrangers au capital des sociétés allemandes. Il est désormais reconnu au Ministère fédéral de l'économie et de la technologie le pouvoir d'interdire les participations qui constitueraient éventuellement un danger pour la sécurité et l'ordre public (paragraphe 5 al. 5^{ème} ainsi que 55 et suivants de l'ordonnance relative au commerce extérieur). Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas aux entreprises des Etats membres de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen (EFTA). Dans tous les cas, l'intérêt pratique de ces dispositions reste très négligeable. En effet, il n'existe à ce jour aucune mesure d'interdiction prise sur base de ces articles.²

L'on trouve cependant çà et là quelques exemples de mesures étatiques individuelles destinées à rendre plus difficile l'acquisition de certaines entreprises allemandes par des investisseurs étrangers. Il en est ainsi notamment de la loi dite de « Volkswagen » (*VW-Gesetz*) qui garantit pratiquement un droit de veto au *Land* de Basse-Saxe en tant qu'actionnaire de Volkswagen AG.³ Un autre exemple concerne l'autorisation de la fusion entre E.ON et Ruhrgas par le Ministre fédéral de l'Economie en 2002, avec condition d'obtenir une approbation préalable du Ministre pour tout transfert de la majorité des actions de la société Ruhrgas pouvant intervenir dans les dix ans après la fusion. Il est évident que pareilles conditions sont de

² Voir *Menke*, Viel Lärm um Nichts – ein Jahr nach der Reform des Außenwirtschaftsrechts, M&A Review 4/2010, <http://www.ma-review.de/magazin-ma-review/inhaltsverzeichnis-aktuelle-ausgabe/jahrgang-2010/apr/standpunkt.html> [9.3.2016].

³ Voir les exemples présentés par *Heinemann*, 'Ökonomischer Patriotismus' in *Zeiten regionaler und internationaler Integration*, Tübingen 2011, S. 19.

nature à repousser les investisseurs étrangers. Enfin, il ressort de plus en plus du débat sur les mesures étatiques visant à empêcher l'acquisition des sociétés allemandes par des investisseurs étrangers que le réflexe protectionniste de l'Etat ne se fonde pas sur la crainte de voir une entreprise allemande passer sous contrôle étranger, mais plutôt sur la crainte de suppression des emplois ou de leur transfert à l'étranger. L'exemple le plus récent est celui de la société canadienne Potash qui tentait de racheter ses concurrents allemands Kali et Salz.

1.4

À défaut d'une organisation mondiale apte à harmoniser les règles en matière d'IDÉ, plusieurs États semblent démunis par rapport à certaines formes de mobilité des capitaux. Dans les récents accords signés par votre gouvernement, la question de l'harmonisation fiscale et des paradis fiscaux est-elle abordée? Dans quelle mesure vous sentez-vous concernés par ce débat?

Comme il a déjà été indiqué à la question 1.1, l'Allemagne n'a signé en tant qu'Etat aucun accord commercial régional depuis 2010. Le débat sur les impôts et sur la fraude fiscale est cependant mené avec acuité. Ce fut le cas à l'occasion de la condamnation du manager de l'équipe de foot Bayern Munich, M. Uli Hoeneß, en 2014 pour fraude fiscale. Sur le plan juridique, une réforme du droit pénal fiscal est intervenue au début de l'année 2015. Elle portait notamment sur la possibilité d'auto-dénonciation des auteurs de fraude fiscale. L'attitude de plus en plus critique des pays voisins de l'Allemagne, principalement de la Suisse, vis-à-vis des capitaux logés dans leurs banques sans aucune preuve de leur imposition ainsi que l'achat par l'Etat allemand des données fiscales d'origine inconnue ont relégué au deuxième plan le débat public sur la fraude fiscale par les privés. L'attention est de plus en plus focalisée sur les modèles d'évasion ou de fraude fiscale auxquels recourent les grandes entreprises. Ainsi, après les révélations des « Panama Papers », qui ont ébranlé le monde de finance internationale, le ministre fédéral des finances, M. Wolfgang Schäuble, a proposé un plan comprenant 10 mesures pour lutter contre les paradis fiscaux. Le ministre souhaite notamment instaurer une "liste noire" unique et internationale des pays qui trichent en matière de réglementation fiscale et qui pourraient alors être exclus de certaines transactions financières. Aussi plaide-t-il pour la généralisation à l'échelle internationale du registre, déjà existant au niveau de l'Union européenne, faisant apparaître qui se cache derrière chaque société écran. Au niveau allemand, le plan de M. Schäuble envisage, à l'instar du modèle américain, des sanctions plus importantes pour les entreprises et les banques prises en défaut et une quasi-suppression de la prescription dans les cas de fraude fiscale. Ainsi, la prescription ne commencerait à courir qu'à partir du moment où l'entreprise a informé le fisc de la fraude.

1.5

Dans quelle mesure votre gouvernement a recours à la fiscalité, soit pour attirer les investisseurs étrangers, soit pour les dissuader d'investir dans des secteurs jugés stratégiques, soit pour influencer sur le cours des opérations d'investissement?

En Allemagne, la notion d'impôts est définie légalement au § 3 alinéa 1 du Code fiscal (*Abgabenordnung*). Aux termes de ce paragraphe, les impôts sont des prestations en espèces qui ne représentent pas une contrepartie pour une prestation fournie, et sont imposées par une

collectivité de droit public pour obtenir des recettes. La réalisation des recettes peut être un but secondaire.

Le § 3 al. 1 du Code fiscal comporte une indication sur la fonction dite de dirigisme fiscal (*Lenkungsfunktion von Steuern*). Ainsi, les impôts peuvent aussi être utilisés de manière précise comme instrument d'orientation ayant pour but d'influer sur le comportement des contribuables. Cependant, les possibilités de procéder à un dirigisme économique à l'aide du droit fiscal sont limitées pour des raisons liées au droit constitutionnel et au droit de l'Union. Au niveau du droit constitutionnel, il convient de mentionner le principe de la légalité de l'action de l'administration fiscale, principe qui est consacré à l'Art. 20 al. 3 de la loi fondamentale (*Grundgesetz*) et confirmé au niveau des lois ordinaires aux §§ 38, 50 du Code fiscal. Cela revient à dire que les incitations à l'investissement par le biais d'allègements fiscaux individuels, qui seraient accordés de manière ciblée à quelques investisseurs étrangers par l'administration, ne seraient pas compatibles avec le droit allemand. Un privilège légal pour les investissements étrangers échoue déjà face à l'interdiction générale d'aides en droit de l'Union figurant à l'article 107 al.1^{er} du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Comme plusieurs autres Etats industriels développés, l'Allemagne doit aussi lutter contre le fait que les investisseurs étrangers utilisent l'infrastructure allemande mais creusent leur base de calcul fiscal de revenu à travers le « financement nuisible » ou par diverses stipulations contractuelles. Par financement nuisible (*Gesellschafterfremdfinanzierung*), il faut entendre les situations où l'entreprise verse des intérêts à un actionnaire tenant directement ou indirectement plus de 25 % du capital et où ces intérêts représentent plus de 10 % de la charge d'intérêt nette de l'entreprise. Ainsi, le substrat fiscal de l'Allemagne est transféré dans des pays à faible taux d'imposition. Pour empêcher le recours excessif au financement par endettement, le législateur allemand a introduite, lors de la réforme fiscale de 2008 la règle allemande de limitation des intérêts d'emprunt déductibles (*Zinsschranke*) dans le § 4h de la loi relative à l'impôt sur le revenu (*Einkommenssteuergesetz*). D'après cette règle, les intérêts d'emprunt versés par une entreprise sont déductibles des bénéfices jusqu'à concurrence du montant des intérêts perçus. Dans la mesure où les intérêts versés excèdent les intérêts perçus, la charge d'intérêt nette correspondante n'est que partiellement déductible.⁴ Or, la conformité de cette règle avec le droit de l'Union européenne est contestée. D'ailleurs, pour mettre fin à de telles pratiques et endiguer durablement la concurrence fiscale nuisible, l'Allemagne soutient le projet BEPS de l'OCDE et du G20.

1.6

Est-ce que le recours aux subventions est considéré par votre pays comme une mesure d'attraction raisonnable de l'IDÉ?

⁴ Pour plus de détails voir Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie français, Livre vert sur la coopération franco-allemande. Points de convergence sur la fiscalité des entreprises (Février 2012), http://www.france-allemande.fr/IMG/pdf/120206_Livre_vert_convergence_fiscale.pdf, n° 2.3.1.2.

Le Gouvernement allemand ne mise pas pour le moment sur les subventions en vue d'attirer les investisseurs étrangers.⁵ Sa politique consiste par contre à soutenir les entreprises allemandes qui désirent investir à l'étranger et à empêcher en même temps leur délocalisation ainsi que les conséquences d'une telle mesure, notamment la délocalisation des emplois. Dans tous les cas, la validité des subventions aux entreprises est soumise aux strictes conditions du droit européen des subventions au sens de l'article 107 TFUE et des normes de l'OMC (cf. *SCM-Agreement*).

1.7

Le récent accord de libre-échange entre le Canada et l'Union européenne (AECG) a soulevé de multiples débats dont notamment la question de l'arbitrage investisseur État. Alors que la Convention CIRDI a établi un mécanisme d'arbitrage investisseur État depuis 1965 et que tous les pays (industrialisés ou non) y recourent, pensez-vous que le maintien de ce mode de règlement des différends demeure légitime notamment dans le contexte de pays dits développés?

Pour l'Allemagne en tant que pays d'origine de bon nombre d'entreprises qui investissent à l'étranger, la Convention CIRDI (ICSID en langue anglaise) constitue un instrument juridique très important pour la protection des investisseurs. Cela se prouve notamment par le nombre des procédures pendantes au CIRDI, avec dix-sept affaires émanant des demandeurs allemands.⁶ Toutefois, dans l'opinion publique, ce sont plutôt les procédures engagées contre la République fédérale d'Allemagne, qui sont le plus discutées. Une seule affaire vise actuellement l'Allemagne ; mais elle semble avoir une forte résonance en raison de l'objet du différend. Il s'agit de la plainte déposée au CIRDI par l'entreprise suédoise de fourniture d'électricité Vattenfall en vue d'obtenir de l'Allemagne des dommages et intérêts pour l'avoir obligée à arrêter ses centrales d'énergie atomique de Brunsbüttel et Krümmel en vertu du moratoire de 2011 sur l'énergie atomique.⁷ Une affaire précédente concernant la même entreprise et dans laquelle il était également question des mesures touchant à l'environnement, en l'occurrence la construction des centrales thermiques au charbon, était entre temps clôturée par transaction.

1.8

L'arbitrage comme mode de règlement des différends en matière d'IDÉ est-il remis en cause dans votre pays? Si oui, quelles sont les alternatives proposées?

L'essentiel des préoccupations soulevées dans le cadre du débat sur l'AECG (CETA) et le PTCI (TTIP) tourne autour du mécanisme d'arbitrage en général et surtout de l'arbitrage entre investisseurs et Etats. Les détracteurs de ce mécanisme soulignent que seules les juridictions

⁵ 25ème Rapport relatif aux subventions présenté par le gouvernement fédéral (25. Subventionsbericht der Bundesregierung (2013-2016)), http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Oeffentliche_Finzen/Subventionspolitik/2015-08-26-subventionsbericht-25-vollstaendig.pdf [24.02.2016].

⁶ ICSID Pending Case List, <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/caseslist.aspx?status=p> [2.3.2016].

⁷ ICSID Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (ICSID Case No. ARB/12/12), <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/12&tab=PRO> [2.3.2016].

étatiques seraient en mesure de protéger efficacement les intérêts de l'Etat. Par conséquent, ils proposent comme alternative à l'arbitrage la création d'un tribunal de commerce bilatéral euro-américain avec des juges permanents.⁸ La Commission européenne de son côté a aussi évoqué la possibilité de mettre en place un « nouveau système juridictionnel public des investissements, composé d'un tribunal de première instance et d'une cour d'appel ».⁹

2. L'ÉTAT, L'IDÉ ET LA PROLIFÉRATION DES FONDS SOUVERAINS

2.2.1

Le débat sur l'ouverture du marché national aux fonds souverains a-t-il lieu ou a-t-il eu lieu dans votre pays? Si oui, quelle est l'approche juridique adoptée par votre gouvernement? Sinon, votre gouvernement compte-t-il s'engager dans ce débat et quelles peuvent être les grandes orientations de sa législation relative aux fonds souverains?

Les fonds souverains et les fonds des investisseurs étrangers bénéficient d'un traitement égal dans le cadre des lois nationales sur le contrôle des participations (cf. loi relative au commerce extérieur – *Außenwirtschaftsgesetz* – évoquée plus haut). Il n'existe donc pas de dispositions spéciales. La question du contrôle des investissements étrangers en général et plus particulièrement des fonds souverains s'est notamment posée entre 2007 et 2009. A cette époque, le débat concernait surtout des participations substantielles des fonds souverains étrangers au capital de grands groupes allemands Daimler AG et Volkswagen AG. Cela avait conduit à l'amendement de la loi qui a déjà été évoquée à la question 1.3 et qui concerne également les fonds souverains étrangers.

2.2.2

Dans les cas où une législation existe relativement aux fonds souverains dans votre pays, quelle est la qualification juridique conférée à ce mécanisme original d'IDÉ. Ceux-ci sont-ils considérés comme tels et/ou bénéficient-ils d'un régime juridique particulier?

Il n'existe pas de régime particulier. Toutefois, il faut prendre en compte les principes de Santiago élaborés par le Fonds Monétaire international en matière des fonds souverains. Ces principes, bien que non contraignants, prévoient des lignes directrices relatives aux bonnes pratiques devant être mises en œuvre par les Etats concernant les fonds souverains. Toutefois, ils restent moins concrets et manquent d'organe de contrôle.¹⁰ Aussi leur importance sur le plan pratique est assez limitée.

2.2.3

Comment définissez-vous le mode de régulation dans lequel s'inscrivent les fonds souve-

⁸ *Krajewski*, Modell-Investitionsschutzvertrag mit Investor-Staat-Schiedsverfahren für Industriestaaten unter Berücksichtigung der USA, <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/modell-investitionsschutzvertrag-mit-investor-staat-schiedsverfahren-gutachten.property=pdf.bereich=bmwi2012.sprache=de.rwb=true.pdf> [16.3.2016].

⁹ Commission européenne, Communiqué de presse du 16.9.2015, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_fr.htm [2.3.2016].

¹⁰ *Wolff*, Ausländische Staatsfonds und staatliche Sonderrechte - Zum Phänomen "Sovereign Wealth Funds" und zur Vereinbarkeit der Beschränkung von Unternehmensbeteiligungen mit Europarecht, Berlin 2009, S.97.

rains dans votre législation? Offensif? Défensif...? Comment expliquez-vous ce positionnement?

Etant donné l'absence d'un régime particulier pour les fonds souverains, il n'est pas possible à première vue de parler d'une réglementation défensive ou offensive en cette matière. Cependant, si l'on considère la possibilité (plutôt théorique) de contrôle et d'interdiction des participations étrangères au capital des entreprises allemandes (cf. question 1.3) et les effets éventuels de telles mesures sur les fonds souverains, l'on peut admettre que le législateur allemand a opté pour une approche défensive destinée à protéger les entreprises locales. Cela vaut également pour les dispositions spéciales mentionnées à la question 1.3.

2.2.4

Selon vous, la nature particulière des fonds souverains justifierait-elle l'érection d'un régime juridique particulier dérogeant au droit commun en matière d'encadrement des investissements internationaux?

Nous estimons qu'un régime juridique particulier aux fonds souverains n'est pas nécessaire et manque même d'importance pratique tel que le démontre déjà l'application des dispositions générales relatives au contrôle et à l'interdiction des participations étrangères. En effet, aucune décision d'interdiction n'a déjà été adoptée à ce jour en exécution des dispositions de la loi relative au commerce extérieur – *Außenwirtschaftsgesetz* (cf. question 1.3). En outre, les fonds souverains ne représentent qu'une petite part des investissements directs étrangers en Allemagne (soit 20% en 2010).¹¹

2.2.5

Plus globalement, comment vous situez-vous par rapport au débat relatif à la possibilité ou non pour ces fonds d'attirer l'État étranger sur le territoire duquel ils ont investi devant une juridiction d'arbitrage en vertu du traité conclu entre les États parties, et prévoyant une clause d'arbitrage? Dans la mesure où l'offre d'arbitrage vise en principe les investisseurs privés de l'autre État partie au traité et non l'État lui-même, comment envisagez-vous ce type de différends?

Etant donné que les fonds souverains jouissent aussi de la protection juridique conformément à la Convention CIRDI¹², il ne semble pas nécessaire d'envisager l'adoption de dispositions spéciales aussi longtemps que le pays d'origine de ces fonds est partie à la Convention CIRDI. Si cela n'est pas le cas, les tribunaux – qui en vertu de l'article 20 al. 3 de la Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz*) sont liés par la loi et le droit – sont tenus de garantir la protection juridique nécessaire. Au cas où la neutralité des juridictions nationales serait remise en question, il est recommandé d'insérer une clause sur l'arbitrage dans les contrats avec les fonds souverains. Du point de vue de l'Allemagne cette question reste toutefois simplement théorique car l'État allemand lui-même n'investit pas des fonds souverains à l'étranger.

¹¹ Voir le rapport relatif aux investissements directs étrangers présenté par la Fédération de l'industrie allemande (Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.), *Ausländische Direktinvestitionen in Deutschland* (Mai 2013), http://bdi.eu/media/presse/publikationen/globalisierung-maerkte-und-handel/Auslaendische_Direktinvestitionen_in_Deutschland.pdf [10.3.2016], S.10.

¹² Voir l'affaire pendante *State General Reserve Fund of the Sultanate of Oman v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/15/43) <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/Pages/casedetail.aspx?caseno=ARB/15/43> [17.3.2016].

2.2.6

Pouvez-vous indiquer toutes autres formes d'investissements étrangers identifiés dans votre législation posant les mêmes défis de confusion entre investisseurs privé et public et les mêmes interrelations entre le droit public et le droit privé?

Les dispositions légales et réglementaires régissant les investissements étrangers en Allemagne n'établissent pas de différence entre fonds souverains et investisseurs privés (voir la réponse à la question 2.2.1 ci-haut). Les difficultés en matière des participations d'investisseurs publics étrangers peuvent survenir notamment dans des cas où l'exécution forcée serait nécessaire et où le droit international s'oppose à une telle exécution au détriment des biens de ce fonds situés en Allemagne.