



ASSOCIATION
HENRI CAPITANT
DES AMIS DE LA CULTURE
JURIDIQUE FRANÇAISE

12, PLACE DU PANTHEON 75005 PARIS

ADRESSE ELECTRONIQUE :

contact@henricapitant.org

TELEPHONE : + 33 (0)1 43 54 43 17

TELECOPIE : + 33 (0)1 40 51 86 52

Journées allemandes

**23 mai - 27 mai 2016
LA MONDIALISATION**

Questionnaire relatif au thème n°3

MONDIALISATION ET INVESTISSEMENTS

Monsieur le Professeur Hervé A. PRINCE

herve.prince@umontreal.ca

La grande mobilité des capitaux constitue très certainement l'un des phénomènes les plus facilement observables de la mondialisation. Elle prend des formes variées dont les acquisitions d'entreprises étrangères, des fusions transnationales, des délocalisations d'entreprises, des fuites de capitaux, des investissements dans des paradis fiscaux, etc. Elle pose également des défis juridiques importants au nombre desquels on compte la protection juridique des investisseurs étrangers, la marge de manœuvre réglementaire des États, l'incidence des mécanismes de contrôle des investissements étrangers sur l'attractivité, la responsabilité sociale des entreprises multinationales, les procédures d'arbitrage et de règlement des différends, etc. Les défis sont nombreux et à défaut d'organisation internationale capable de produire des normes uniformes, un réseau inextricable de traités bilatéraux d'investissement et d'accords de libre-échange se tisse posant des difficultés d'autres natures. Dans les ordres juridiques internes, les réponses apportées peuvent être très différentes, voire contradictoires d'un État à un autre, d'une région à une autre, d'une organisation régionale à une autre.

Le questionnaire qui suit tente de mettre sur la table certains de ces enjeux. Il est divisé en deux grands thèmes : le premier fait un tour d'horizon général de quelques grands enjeux du droit international de l'investissement. Le second porte sur un thème plus ciblé, à savoir la place des fonds souverains dans le droit international de l'investissement. Une réflexion collective sur un thème aussi emblématique m'apparaissant plus que nécessaire dans les circonstances.

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

Pendant longtemps, les traités bilatéraux d'investissement (TBI), à côté d'autres sources conventionnelles et non conventionnelles du droit international de l'investissement, ont été les principaux instruments juridiques sur lesquels les États ont fondé leurs relations économiques internationales. Depuis quelques années, des accords commerciaux régionaux (ACR) particuliers semblent avoir pris le relais. On les appelle des ACR de nouvelle génération puisqu'ils incluent des secteurs inédits, dont l'investissement direct étranger (IDÉ). Leur prolifération pose des défis et questionnements nouveaux auxquels doivent faire face nos États et opinions publiques respectives.

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

- 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?

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

2.1 Mise en contexte

La libéralisation des échanges commerciaux et la multilatéralisation subséquente des relations économiques ont, malgré quelques parenthèses, provoqué l'augmentation exponentielle des transactions financières internationales, l'accroissement des mouvements internationaux de capitaux et l'émergence de nouveaux acteurs particulièrement influents. Parmi ces nouveaux grands acteurs, une catégorie particulière a attiré l'attention et fait la une de grands médias internationaux. Ce sont les « fonds souverains ».

Selon le FMI, les fonds souverains sont des « fonds d'investissement à but déterminé, appartenant à des administrations publiques [...]. Les fonds souverains sont généralement créés à partir des excédents de balances des paiements, des opérations sur devises, du produit de privatisations, d'excédents budgétaires et/ou de recettes tirées des exportations de produits de base ». En ce sens, les fonds souverains sont des créations de gouvernements étrangers qui choisissent d'investir une partie de l'épargne nationale en dehors de leurs frontières. Ils sont généralement vus comme le prolongement de la puissance économique d'un État étranger qui réinvestit ses réserves en devises étrangères sur les marchés internationaux à travers des activités aux objectifs multiples et variés et très souvent, stratégiques.

Toutefois, malgré l'actualité du débat des fonds souverains en droit international économique, il ne s'agit nullement d'un phénomène nouveau. Il n'est pas tout à fait contemporain à la mondialisation. Les fonds souverains précèdent la mondialisation

qui elle, a accéléré et amplifié le phénomène à cause notamment des principes libéraux qui gouvernent le droit international de l'investissement. L'apparition du premier fonds souverain remonte à 1953 avec le « *Kuwait Investment Authority* », un fonds d'origine koweïtienne. Depuis, plusieurs États ont créé leur propre fonds même si les plus importants proviennent en grande partie de pays émergents et/ou pétroliers : *Qatar Investment Authority*, *Abu Dhabi Investment Authority*, *China Investment Corporation*, *Saudia Arabian Monetary Agency*, *Government of Singapore Investment Corporation*, *Temasek Holdings Pte Ltd*, etc. Plusieurs pays dits développés possèdent les leurs également : *Alaska Permanent Reserve Fund* (USA) et *Alberta Heritage Fund* (Canada), pour ne citer que ceux-là.

La difficulté désormais réside dans l'articulation nécessaire entre les modes de régulation en vigueur en droit international de l'investissement et l'implication toujours grandissante de ces déclinaisons étatiques dans les échanges économiques internationaux. Habitué à gérer les rapports entre acteurs privés et États d'accueil, le droit international de l'investissement va devoir apporter des réponses concrètes à l'affirmation des fonds souverains comme acteurs principaux de la libre circulation des capitaux. Compte tenu de leur taille, de leur puissance économique considérable, de leur stratégie d'investissements souvent perçues comme agressives; compte tenu surtout de leur influence dans les relations économiques internationales, les fonds souverains suscitent des réactions contrastées.

À l'échelle internationale, les efforts de régulation des flux d'investissements internationaux militent en faveur d'un certain équilibre entre liberté des flux de capitaux et transparence dans les modes de fonctionnement des fonds souverains. Au FMI en particulier, on a notamment insisté sur l'autorégulation et le renforcement de la transparence à travers l'adoption en 2008 d'un « code de bonnes pratiques ». Bien qu'étant non contraignants, les vingt-quatre (24) *principes et pratiques généralement acceptés (PPGA)* encore appelés, « principes de Santiago » visent à assurer la bonne gouvernance des fonds souverains. Dans l'Union européenne, le cadre juridique postulé pour réguler les fonds souverains repose à la fois sur le respect du principe de la libre circulation des capitaux (celui-ci n'étant pas absolu) et la possibilité d'introduire en cas de besoin, des mesures limitant les investissements directs étrangers. L'admission des fonds souverains peut ainsi être soumise à des contrôles et/ou des conditions particulières, le tout en conformité avec les engagements internationaux de l'Union et de ses États-Membres.

Aux plans nationaux, le développement des fonds souverains interpelle surtout la conscience libérale des États. Certains choisissent une approche plus défensive instituant des mécanismes de contrôle des investissements étrangers plus stricts (Canada). D'autres tentent de mettre à l'abri des secteurs industriels jugés

stratégiques des offres d'achat étrangères non sollicitées (Allemagne) alors que certains États adoptent une attitude beaucoup plus ouverte vis-à-vis des fonds souverains (Royaume-Uni). D'autres misent davantage sur les discussions bilatérales tout en mettant en avant l'argument de sécurité nationale (États-Unis). Dans tous les cas, les législations nationales tentent de trouver le juste équilibre entre protectionnisme économique, prise en compte des risques à la sécurité nationale et ouverture des marchés nationaux aux investisseurs étrangers.

2.2 Questions

- 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?
- 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?
- 2.2.3 Comment définissez-vous le mode de régulation dans lequel s'inscrivent les fonds souverains dans votre législation? Offensif? Défensif...? Comment expliquez-vous ce positionnement?
- 2.2.4 Selon vous, la nature particulière des fonds souverains justifierait-elle l'érection d'un régime juridique particulier dérogatoire au droit commun en matière d'encadrement des investissements internationaux?
- 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?

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?