

# **MONDIALISATION ET INVESTISSEMENTS en Pologne**

## **Rapport National Polonais**

prof. Mariola Lemonnier,

Faculté de Droit et d'Administration, Université de Warmia et Mazury, Secrétaire Générale  
de la Section Polonaise Association Henri Capitant, Pologne

Dans la République de Pologne, il existe de nombreuses sociétés étrangères qui exercent leurs activités légalement et doivent remplir certaines obligations imposées par la loi. La base de ces sociétés sera la loi sur la liberté de l'activité économique, qui indique comment la société étrangère peut fonctionner en Pologne.[1] Dans l'art. 13 al. 1 cette loi énumère les formes juridiques de l'existence des activités en Pologne. Sur les mêmes principes que les entrepreneurs polonais fonctionnent les sociétés :

- Etrangères issues des États membres de l'Union Européenne,
- Etrangères issues des États membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE) étant des parties à l'accord sur l'Espace économique européen,
- Etrangères en provenance des pays qui ne sont pas parties à l'accord sur l'Espace économique européen, qui jouissent de la liberté d'établissement sur la base des accords conclus par ces pays avec la Union Européenne et ses États membres.

Les citoyens des autres pays dans la République de Pologne, peuvent entreprendre et exercer une activité économique sur le territoire polonais sur la même base ayant un permis de séjour pour une durée déterminée, un permis d'établissement ou d'un permis résident de longue durée des Communautés Européennes.

Fonctionnant sur le territoire de la République des sociétés étrangères autres mènent leurs opérations formellement sous la forme d'une branche ou d'une représentation, conformément à la Loi sur la liberté de l'activité économique.

Art. 86 de la présente loi stipule qu'un entrepreneur autre que ceux énumérées dans l'art 13 crée une succursale et peut exercer une activité économique seulement en termes de l'activité de l'entrepreneur étranger. Il doit aussi faire une entrée dans le registre commerce. Un entrepreneur étranger peut également établir une représentation d'une société étrangère, mais la portée du bureau de représentation ne peut comprendre que les activités dans le domaine de la publicité et la promotion de l'entrepreneur étranger.

Une succursale en revanche est une partie distincte et indépendante sur le plan organisationnel, effectuées par l'entrepreneur à l'extérieur de son siège social.

[1]Loi de 2 juillet 2004 r. J.des L. 2004 r., nr 173, p. 1807.

## I Partie

**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?**

**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?**

La Pologne présente les caractéristiques de l'économie de marché dépendante, dont les avantages sont les suivants - faibles coûts salariaux, la facilité d'ajustement de l'emploi à l'évolution de la demande et de l'environnement institutionnel propice à l'investissement étranger.

En Pologne, la discussion sur les accords TTIP (commerce transatlantique et le partenariat d'investissement, TTIP) reste en marge du débat public. De nombreuses voies étaient pour (A) les autres contre des accords (B). [2]

A.

Un aspect important qui contribue à la compétitivité polonaise est la conclusion par les accords de l'Union Européenne (UE) sur les zones de libre-échange (ALE) avec les pays tiers. Ces zones sont destinées à accroître la capacité d'exportation des producteurs de l'Union, y compris la Pologne.

La négociation d'accords de libre-échange sont menées avec des partenaires sélectionnés. Leur choix consiste à décider, parmi d'autres, des éléments tels que le potentiel de leurs marchés, le niveau de protection des biens de l'UE, y compris ceux commencé par les pays de négociations de l'ALE avec les pays ou les régions en concurrence avec l'UE.

La Pologne soutient la stratégie d'accès au marché grâce à des activités bilatérales comme un élément complémentaire dans le cadre des négociations multilatérales du PDD de l'OMC. Le processus de négociation ne se limite pas aux négociations bilatérales, qui sont un complément important aux négociations multilatérales et en même temps créent la possibilité d'établir des partenariats avec les pays tiers. De cette façon, les accords bilatéraux avec les principaux partenaires commerciaux sont dans la position concurrentielle suffisante aux entreprises européennes.

[2] G. Domański, M. Świątkowski, *Wpływ międzynarodowych traktatów o ochronie inwestycji na sytuację Polski*, [dans] *Powiązania zewnętrzne, Modernizacja Polski*, red. W. Morawski, Warszawa 2012, p. 81.

Un accord de libre-échange avec les États-Unis apporte de nombreux avantages aussi pour les Polonais. Parmi les pays non membres de l'UE, les États-Unis est le troisième marché pour les produits polonais et troisième rang en termes d'importations polonaises. Selon certains, la conclusion TTIP va stimuler le commerce et l'investissement entre la Pologne et les États-Unis, et renforcer la compétitivité de notre pays sur le marché mondial. Opportunité pour le développement de la Pologne concerne principalement le secteur de l'aviation, les télécommunications et la production de machines industrielles et les appareils médicaux. Administration polonaise tente d'influencer activement la position présentée par les négociateurs et suit les progrès de l'UE dans les négociations TTIP. Sur la base de nos consultations et de l'analyse, nous portons une attention particulière aux questions suivantes dans les négociations TTIP.

Cependant, en raison des avantages concurrentiels existants du côté américain dans certains secteurs de certaines catégories de produits devraient être traités comme sensibles (par exemple dans le secteur agricole et énergétique) - Ces secteurs peuvent être exclus de la libéralisation, soit des barrières devrait être abolies progressivement, permettant aux entreprises d'adapter à l'évolution des réalités économiques.

Dans le domaine de la coopération réglementaire la position actuelle d'élimination des barrières non-tarifaires résultant de différents règlements techniques peut apporter les avantages. Il sera bénéfique pour les producteurs et les exportateurs, par exemple dans le secteur automobile, les produits pharmaceutiques, cosmétiques et autres. Pour la zone sensible polonaise est aussi la question des organismes génétiquement modifiés (OGM) l'accord ne devrait pas affecter le changement de la législation dans ce domaine, ainsi que dans d'autres domaines pour assurer un niveau élevé de sécurité alimentaire. L'accord devrait également conduire à des changements dans la législation de l'UE dans le domaine des normes vétérinaires et phytosanitaires.

L'une des priorités des Polonais dans les négociations avec les États-Unis réside dans l'élimination des restrictions à l'exportation de gaz des États-Unis en raison de l'importance de cette question pour la compétitivité de l'industrie. La suppression des obstacles à l'exportation de gaz des États-Unis donnerait à la Pologne accès à la diversification des sources. Dans la situation internationale actuelle, ceci serait bénéfique pour la Pologne à la fois pour le développement économique et politique, en fournissant une plus grande sécurité énergétique.

Reconnaissant l'importance des investissements étrangers pour créer des emplois en Pologne certains soulignent que les règles relatives à la protection des investisseurs ne peuvent pas être incompatibles avec les valeurs fondamentales. Elles ne peuvent pas porter atteinte à la possibilité d'une intervention de l'Etat dans la mise en œuvre de ces objectifs de la politique publique telles que l'environnement, les droits de l'homme, les droits des travailleurs et des consommateurs, de la santé et la sécurité publique soit la diversité culturelle. Pour cette raison, il est nécessaire un accord appropriée et obligatoire avec des clauses spéciales.

B. Les ISDS en TTIP remplacerait l'accord sur le commerce et relations économiques, que la Pologne a signé avec les États-Unis au début des années 90.[3] L'accord prévoyait une gamme beaucoup plus large de la protection des investissements grâce à l'introduction de clauses générales, dont les interprétations ont été confiées aux arbitres indépendants de tout parti. En dépit de la validité de l'accord, l'utilisation du mécanisme n'a pas été fréquemment utilisée.

Les chances que TTIP peut augmenter les exportations polonaises sur le marché américain sont négligeables. Il est possible que quelques-une de nos entreprises vont y vendre. La barrière de base est la moindre compétitivité des produits polonais. Par conséquent, l'accord va engager des frais et pratiquement pas d'avantages. ISDS selon certains auteurs a été conçu pour une utilisation dans les pays économiquement plus faibles, avec un système judiciaire faible.

Les grandes sociétés commerciales préfèrent les tribunaux privés, où il y a beaucoup plus de chances pour le règlement en fonction de leur intérêt. Souvent les demandes des investisseurs étrangers géants ont été rejetées par les tribunaux, la possibilité d'accorder des dommages-intérêts sont plus probables dans le cas de la solution des différends par l'arbitrage.

Il existe de nombreux exemples montrant que utilisés mécanisme ISDS jusqu'à présent dans les accords bilatéraux qui a conduit essentiellement à extorquer des budgets nationaux d'un montant de plusieurs milliards de dollars des dommages. Le fait que l'arbitrage existe depuis longtemps ne devrait pas être un argument, parce qu'ils sont des outils importants de l'expansion des sociétés multinationales au détriment des États et de leurs citoyens. D'ailleurs, il n'y a pas de justification équitable selon certains économistes polonais ( prof. H.Ożóg) pour le traitement privilégié des investisseurs étrangers lequel a pendant longtemps pratiqué la Pologne par rapport aux opérateurs économiques nationaux.

Mécanisme ISDS a été mis en place afin de protéger contre l'expropriation directe des investisseurs des pays développés qui investissent dans les pays faibles économiquement, lesquels ne disposent pas d'un système judiciaire fiable. Aujourd'hui, les suprasociétés utilisent ISDS pour faire valoir des réclamations contre l'État découlant de «expropriation indirecte» existants dans l'avenir, étant anticipés, soit les bénéfices probables. Jusqu'à présent, les accords d'investissement avec les clauses ISDS ont été formulées en termes très généraux, permettant à l'investisseur de contester tout acte juridique et toutes les mesures administratives les considérant comme une menace pour ses bénéfices potentiels.

Dans la pratique, ISDS est devenu un outil important de discipliner, les États surtout économiquement plus faibles, par des sociétés internationales. La pratique montre que les chances de gagner par l'État dans la procédure devant le tribunal arbitral sont moins élevées par rapport aux tribunaux nationaux. Dans cette situation, l'État renoncent souvent aux changements importants des droits dans l'économie soit des conditions sociales, pour des raisons à éviter, à cause des ces changements des circonstances, de payer des milliards aux multinationales pour la compensation.

[3] La liste actuelle des accords sur la promotion et la protection réciproque des investissements conclus par la Pologne est disponible sur le site Internet du Ministère de l'Économie de la Pologne: [www.mg.gov.pl](http://www.mg.gov.pl).

Traité sur le commerce et les relations économiques entre la République de Pologne et les États-Unis d'Amérique établi à Washington, 21 Mars 1990 Jdrs L. de 1994., n ° 97, point. 467, ainsi que le protocole additionnel signé à Bruxelles le 12 Janvier 2004, J.des L. 2005, n. 3, pos. 14.

La Pologne a été poursuivie en justice pour violation des traités sur la protection des investissements par plusieurs investisseurs ( Ameritech, France Telecom, papier Sarre, Lutz Schaper, Eureko, Cargill, Nordzucker, Vivendi, Mercuria, Traco, Laboratoires Servier, Ciment Orient, David Minnotte et Robert Lewis, Vincent Ryan et Schooner Capitul et les investissements Atlantic Partners, Mitch Nocula et Crowley Data), et d'autres entités. Selon le ministère du Développement ( l'Economie ) en Pologne, l'année dernière devant le Bureau du Procureur général du Trésor ont été conduites trois procédures d'arbitrage entre la Pologne et les investisseurs américains. Toutes les procédures ont été couvertes de secret. Certaines sociétés envisagent maintenant la poursuite , comme la société Abris Capital Partners qui a annoncé une action en justice contre la Pologne réclamant une indemnité d'un montant de 2 milliards PLN. La plainte sera pour les avantages non obtenus, mais prévus. Cette société est une des 14 entreprises impliquées dans les affaires en Pologne, qui ont conclu un accord spécial fiscal avec Luxembourg.

Ces faits ne sont pas un argument suffisant pour le ministère polonais, qui considère que la présence de l'ISDS dans TTIP sera une bonne solution. TTIP est un facteur déterminant de la poursuite de la privatisation dans le secteur de la santé et de l'éducation. Le TTIP intensifie la compétition sur les marchés des pays de l'Union Européenne (dans une moindre mesure sur le marché américain), ce qui se traduira par une pression supplémentaire pour réduire les salaires, ainsi que la délocalisation des activités commerciales vers d'autres régions du monde où les salaires sont encore plus bas, et par exemple plus faible niveau de protection de l'environnement. Le flux attendu des entreprises de l'UE vers les autres pays va dégrader encore davantage les salaires dans les pays membres.

Au cours de la campagne électorale en 2015 des politiciens actuellement au pouvoir ( le partie PiS) ont souvent souligné que la Pologne devrait être un pays fier, qui ne s'impose pas suffisamment aux investissements étrangers dans certains cas( secteur des banques et commerce de détail). En fait, le partie au pouvoir actuel en Pologne n'a pas de position claire contre TTIP. Le Président de la Pologne a donné des réponses plutôt évasives, prenant en compte de la nécessité de coopérer avec les États-Unis. En Novembre dernier, le nouveau ministre de l'agriculture s'est opposé à la TTIP dans une interview à la radio. En Janvier le ministre des affaires étrangères Witold Waszczykowski a déclaré au Parlement que les relations économiques américano-polonais font partie du partenariat économique de l'Union Européenne et les États-Unis, et que la Pologne a l'intention les développer pour le bénéfice de toutes les parties dans le cadre du partenariat transatlantique pour le commerce et l'investissement ( soi-disant. TTIP ).

Toutefois, le mécanisme de ISDS ouvre la porte à une augmentation significative du nombre des réclamations des investisseurs, en particulier appartenant aux groupes financiers, avec leurs filiales et succursales dans l'UE. La définition de «l'investissement» et «l'investisseur» dans l'accord entre l'UE et Canada par exemple a été très large, ce qui en fait élargit la portée des différends entre les gouvernements et les entreprises, et augmente les chances de ce dernier à la rémunération élevée.[4]

[4] Le terme «investissement direct» est apparu dans le chapitre sur les flux de capitaux et des paiements du Traité CE, et est maintenant dans l'art. 63-66 TFUE. Dans ce contexte, il a été interprété par la Cour à la lumière de la directive 88/361 / CEE du Conseil du 24 Juin 1988 relative à la mise en œuvre de l'article. 67 du Traité, CEE L 178 du 8 Juillet 1988, qui à son tour est en grande partie basée sur les définitions généralement reconnus du FMI et de l'OCDE

Exemple d'un cas d'arbitrage avec la société Eureka, perdu par la Pologne a marqué les Polonais. La Pologne a dû payer énorme compensation et ceci a été soulevé par l'opinion publique comme une situation à éviter.

Les controverses sur le TTIP concernent non seulement un différend sur le libre-échange. Ce différend porte sur l'accès à l'information. Le différend au sujet de l'information de la population polonaise sur les accords internationaux depuis 2012 est devenu plus clair en Pologne. Ceci aussi est évident pour la population qu'un accord international peut être frappé par le contrôle et déclencher une forte protestation de cette population. Ce fut un choc pour le pouvoir en Pologne avec l'accord ACTA. Après une "tempête" inattendue en Pologne le pouvoir a affirmé d'obtenir des leçons de l'ACTA." Malheureusement, la façon de travailler sur de nouveaux accords (TTIP, AECG) n'a pas montré de changement important du rôle de l'information du public sur les négociations en cours.

Nous pouvons constater toutefois que généralement les politiciens en Pologne soutiennent ces accords, non seulement l'accord de libre-échange mais aussi les mesures pour parvenir à un consensus.

**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?**

Livre de Thomas Piketty "Capital dans le XXIe siècle" a provoqué aussi la discussion sur le rôle du capital international dans l'économie moderne. La thèse principale de Piketty que " $r > g$ " indique que le taux de rendement du capital est plus élevé que le taux de croissance économique signifie l'augmentation des inégalités de richesses dans le monde.

Du point de vue de l'économie polonaise, il est important non seulement l'aggravation des inégalités dans l'accès aux capitaux à l'intérieur du pays, mais la différence entre le rendement sur le capital d'origine polonaise et étrangère.

En particulier, la construction en de la Pologne après 1989 avec «capitalisme sans capital» dans le contexte de la transformation économique polonaise a engendré la transformation selon le modèle "en peu de temps" ou les entreprises à capitaux étrangers ont été en mesure d'obtenir une position clé dans les secteurs les plus rentables de l'économie.[5]

Les investisseurs étrangers ne construisent pas en Pologne, par exemple, des centres de haute technologie, car ils ont aucune raison de le faire, mais construisent les usines d'assemblage des meubles, car ceci apporte surtout de l'argent. Avec les capitaux de l'Ouest de l'Europe est venu en Pologne le savoir-faire très important. Il est venu dans des domaines tels que les télécommunications et les services bancaires, mais aussi le marketing, les techniques de vente modernes etc. En somme ceci a créé beaucoup d'emplois supplémentaires.

[5] Sur les changements dans la politique contractuelle internationale polonaise voir plus G. Domański, M. Świątkowski, *Wpływ międzynarodowych traktatów o ochronie inwestycji na sytuację Polski*, [dans] *Powiązania zewnętrzne, Modernizacja Polski*, red. W. Morawski, Warszawa 2012, s. 81.

D'autre part, l'afflux des capitaux en Pologne, le temps de la transformation, a entraîné des coûts et des dépenses et par la suite a maintenu la position périphérique polonaise sur le marché mondial.

Dans la procédure de la concurrence l'élément principal à déterminer est est-ce-que les règles de la concurrence, de l'égalité d'accès pour les opérateurs sur le marché n'ont pas été violées. Egalement est-ce-que les intérêts des consommateurs ont été respectés. Pour toutes raisons il est important de déterminer le marché pertinent de référence. Il est essentiel de répondre à la question comment concentrer les ressources et les activités organisées pour un progrès organisationnel et technique, le développement de nouveaux produits, améliorer la qualité et la fiabilité des produits vendus, soit-il, l'action prouvant à contrario l'objectif principal que l'activité sert à générer des revenus indus.

Le cas polonais montrent que des accords restraints la concurrence entre opérateurs sont relativement rares. La plupart des activités qui conduisent à une restriction de la concurrence sur le marché, ont pour objectif plus tôt la volonté d'avoir une position confortable sur le marché, permettant de ne pas modifier l'organisation de l'entreprise et l'absence de nécessité d'éliminer l'irrationalité ou les fautes d'organisation.

Procédures pour la détection des accords et fusions illégales sont les plus difficiles par les organes de l'Etat. La plupart des jugements venant à échéance dans ce domaine sont fondées sur des preuves indirectes car les preuves d'un accord direct comme un accord entre les parties prenantes ne seront jamais révélés. Souvent, dans les procédures concernant les pratiques monopolistes suite à la conclusion de l'accord dans lesquels l'entrepreneur indépendant a été limité par le marché, on affirme qu'il ne s'agit pas de la pratique monopoliste lorsque les contreparties ont conclu un accord selon les termes de la proposition.

A la lumière de la jurisprudence polonaise sur la question est-ce-que les conditions spécifiques de la domination du marché ont été imposées à l'entrepreneur, ou le contrat était le résultat des négociations avec la liberté de contracter, décide le contenu de l'accord et les circonstances de sa conclusion. On vérifie la rationalité du comportement de la partie, évaluée par une hypothèse d'une concurrence sur le marché concernée.

- 4. A 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?**
- 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?**

Le facteur fiscal ne détermine pas directement le transfert des activités à l'étranger. La raison principale est la recherche de l'augmentation du volume des ventes, la diversification des marchés et l'accession ensuite aux nouvelles technologies, know-how ou un environnement juridique stable dans le pays des investissements étrangers sont les facteurs essentiels.

Seulement 20% des personnes interrogées en Pologne ont répondu que les questions fiscales est un facteur important de placer un investissement direct à l'étranger.

Réticence à l'optimisation fiscale agressive est également un facteur qui indique peu de pertinence pour les investissements à l'étranger. Destinations des investissements polonais soit du siège de la société, soit du domicile sont Chypre, Luxembourg, Suisse. L'aspect fiscal pour des investissements en Pologne ne joue pas un rôle important surtout pour le choix de la forme juridique ou la structure juridique et organisationnelle.

Mesures d'optimisation fiscale sont le résultat de la charge fiscale des entreprises en Pologne et de manque de la centralisation réelle des interprétations des décisions fiscales. Certains soulèvent l'approche semi-destructrice des services fiscaux. La décision concernant la répartition de la production en dehors de la Pologne pour de nombreux entrepreneurs a suivi le marketing pour des sociétés offshore par des conseillers fiscaux spécialisés.

L'important est à savoir que le droit fiscal polonais ne peut pas accepter certaines dépenses déductibles d'impôt comparables aux autres pays en Europe.

D'autre part, parmi les entreprises avec la participation des capitaux étrangers (en dehors du secteur financier avec ca.80% de la domination des capitaux étrangers) la moitié a déclaré que les activités commerciales en Pologne ne font pas de profit, ce qui était la base pour ne pas payer ( CIT) d'impôt sur la société. Le taux effectif de l'impôt sur les sociétés en 2014 pour les sociétés étrangères était inférieur au taux effectif pour les autres contribuables de 1,2 %.

En 2015 sur 26 entreprises qui ont reçu une aide publique, 21 venaient de l'étranger. Les cinq sociétés polonaises ont été Forte, Mlekpól, Ciech, Mlekovita et société SMT Software situées dans le secteur agricole pour Mlekpól et Mlekovita. La somme totale d'aide s'élève à 127 millions de PLN, dont les ressortissants étrangers ont obtenu 80 millions PLN. L'argent pour le centre de services ont obtenus entre autres, Deloitte, Alexander Mann et Brown Brothers Harriman. "Nous avons besoin plus d'économie polonaise dans l'économie polonaise - répète le ministre du Développement Mateusz Morawiecki.

En Pologne il y a 14 zones économiques spéciales, où seulement 19,6% sont les sociétés polonaises, les 80% sont des sociétés étrangères.

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

Oui, les subventions sont un moyen d'attirer les investisseurs étrangers, surtout dans les zones économiques spéciales.

D'autre part tenant pour exemple le 28 décembre 2015 le ministre du Développement a accepté de soutenir la société indienne Raya Contact Center, qui à Varsovie va créer un centre et employer 531 travailleurs. La subvention est élevée à plus de 2 millions PLN. L'investissement atteindra un minimum de 12 millions PLN.

**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?**

## **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?**

Depuis 1989, la Pologne opère dans une économie de marché libre, accompagnée par la création systématique de nouvelle protection juridique accordée aux investisseurs étrangers. Conclusion par la Pologne des traités sur la protection des investissements a créé une nouvelle réalité juridique. La Pologne a rejoint le groupe des pays et assure les standards de protection de l'investissement.

Les engagements pris à cet égard par les investisseurs étrangers peuvent attendre le niveau dans les pays développés. Les normes adoptées définissent les limites de l'Etat dans l'action internationale admissible et légitime.

La Pologne, est le seul État membre de l'Union Européenne qui ne fait pas partie à la Convention de Washington.[6] L'Etat peut donc être partie à l'arbitrage CIRDI uniquement sur la base du mécanisme supplémentaire du CIRDI. Jusqu'à présent, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements a lancé trois procédures d'arbitrage contre la Pologne. Ce sont -- Cargill Incorporated, Davida Minnotte i Roberta Lewis, Vincenta J. Ryan, Schooner Capital LLC et Atlantic Investment Partners LLC. Dans toutes les affaires le parti était un investisseur américain, donc chaque arbitrage a été menée dans le cadre du Traité de commerce et des relations économiques entre la République de Pologne et les États-Unis d'Amérique, signé à Washington, le 21 Mars 1990. La première de ces procédures a pris fin, et les deux autres sont en cours.

[6] M. Świątkowski, *Dlaczego Polska nie jest stroną Konwencji waszyngtońskiej o rozstrzyganiu sporów inwestycyjnych?*, [w:] *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie*, red. J. Okolski, A. Całus, M. Pazdan i in., Warszawa 2010, p. 632 – 649, A. Kalicka-Mikołajczyk, *Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych*, [w:] *Współczesne sądownictwo międzynarodowe, zagadnienia instytucjonalne*, red. J. Kolasa, t. 1, nr 3172, Wrocław 200, p. 139.

**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. 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?**
- 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?**
- 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?**
- 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?**
- 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?**

## II Partie

Depuis son adhésion à l'Union Européenne, la Pologne note un accroissement graduel de l'attention portée aux investissements alternatifs. Les investisseurs, de plus en plus conscients des règles des marchés financiers, ont commencé à étudier des perspectives élargies de placements financiers. La loi sur les fonds d'investissement, de 2004, a apporté de nouvelles possibilités d'investissement qui ont permis de lancer des fonds d'investissement spécialisés. Sur cette base, de nouveaux fonds ont été créés qui investissaient dans des groupes précis de sociétés (*DWS Top 25 Petites Sociétés*), dans l'immobilier (*Arka, BPH, Skarbiec* et *Index Nieruchomosci*), dans des fonds de titrisation (*Intrum Justitia*) ou étaient concentrés sur des marchés étrangers (*UniGlobal*).

Un *hedge fund* géré par « Commercial Union Investment Managment » et un autre fonds géré par « Superfund TFI » ont été créés l'année dernière. Le fonds « Superfund » adresse son offre aux investisseurs riches qui sont prêts à placer au moins 40 mille euros dans l'une des trois stratégies d'investissement proposées par des fonds de Luxembourg. Ses titres de participation sont accessibles à tout le monde. Sur le marché polonais, également deux fonds fermés ont obtenu dans le passé une licence de la Commission des valeurs mobilières et des bourses. Ces deux fonds sont indépendants de grands groupes financiers et leurs stratégies consistent entre autres à investir dans des instruments dérivés [7].

Le fonds « TFI Opera » fonctionne depuis le mois de mai 2005, et il dispose à présent d'un actif de 300 millions de zlotys. « Opera » possède dans son portefeuille 4 fonds : 2 fonds ouverts (le fonds de la « Fondation pour la science polonaise » [Fundacja na Rzecz Nauki Polskiej] et le fonds pour des organisations autonomes) et 2 fonds fermés pour des investisseurs individuels. Le risque plus élevé des stratégies d'investissement employées par le « TFI Opera » est validé par le capital apporté par les fondateurs – 5 millions de zlotys [8]. « Opera » perçoit une redevance de 1,75 % au titre de la gestion du fonds et une commission de 20 % sur le bénéfice (versée après une période d'investissement de 4 ans ou bien au moment de l'annulation des certificats). Un autre fonds alternatif établi par des personnes physiques est le fonds « TFI Investors ». En septembre 2005, la société a vendu les certificats d'investissement du fonds fermé « Investor » dont la valeur s'élevait à 10,4 millions de zlotys [9].

[7]. Andrzej Sławiński, *Rynki finansowe, (Les marchés financiers)* PWE, 2006, p. 125.

[8] W. Przybylska-Kapuścińska, *Rynek papierów wartościowych w Polsce. Wybrane problemy, (Le marché des valeurs mobilières en Pologne. Les éléments.)* Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej, Poznań 2002, p.36.

[9]. J. Truszkowski, *Fundusze hedgingowe i perspektywy rozwoju ich rynku w Polsce, (Les hedge fonds et leur perspectives en Pologne)* [w][dans]: (K. Gabryelczyk, red. *Nowe usługi finansowe*), Cedetu, 2006, I, p.43

La licence de la société permet de gérer un fonds investissant dans les devises, les marchandises et les instruments dérivés. A l'instar de « TFI Opera », les gérants sont aussi copropriétaires de « TFI » et participants au fonds fermé.

Les *hedge funds* sous la forme d'un fonds d'investissement soumis aux dispositions de la directive doivent la respecter dans des domaines, tels que la réalisation de commandes, les conflits d'intérêts, la gestion du risque ou l'externalisation.

## 1. Typologie de fonds en Pologne – exemples

**Les fonds souverains ne sont pas présents réellement en Pologne, faute d'intérêts économiques dans le pays** comme ceci a été expliqué dans la première partie du rapport.

Les fonds existant actuellement en Pologne sont prévus pour les investisseurs privés. Les questions **des investisseurs publiques** ne sont pour l'instant **pas au centre du sujet**.

### 1.1.Fonds de titrisation

Les fonds de titrisation en Pologne sont des fonds d'investissement fermés qui émettent des certificats d'investissement afin de collecter des moyens pour l'acquisition de titres de créance ou de droits aux prestations résultant de créances (processus dit *titrisation* ou *sub-participation*) [10]. Un fonds de titrisation peut être établi en tant que fonds de titrisation normalisé ou non normalisé [11].

Le fonds de titrisation ne peut placer son actif que dans des valeurs mobilières de créances, des titres de participation de fonds du marché financier, des dépôts bancaires, des instruments du marché financier et des instruments dérivés. Certains des instruments mentionnés se

[10]. Rafał Blicharz, *Pozycja prawna uczestnika funduszu inwestycyjnego w Polsce, ( La position des participants d'un fonds d'investissement en Pologne, questions juridiques)*, Sosnowiec: Wyższa Szkoła Zarządzania i Marketingu, 2006, p.24.

[11] Al-Kaber M., *Rynki finansowe i instytucje, ( Les marchés financiers et les institutions)*, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Ekonomicznej w Białymstoku, Białystok 2006, p.485.

caractérisent par un taux de rendement relativement élevé (par exemple des titres de créance émis par des banques, qui sont couverts par des créances de crédits) mais aussi par un risque considérable [12].

Afin de créer une couverture additionnelle pour les participants à un fonds de titrisation, le fonds peut conclure des contrats liés au processus de titrisation (par exemple un contrat pour accorder une évaluation d'investissement), gérer des créances titrisées, fournir un cautionnement pour des créances du fonds ou accorder une garantie au profit du fonds). La conclusion d'un contrat de gestion des créances titrisées avec un acteur n'étant pas une banque nationale exige une autorisation de la Commission de Surveillance Financière.

## **2.Fonds de portefeuille**

Un titre d'un fonds de portefeuille est une valeur mobilière admise à la cote de la bourse et émise par une institution financière sur la base d'un portefeuille déterminé d'instruments financiers créé par cette institution. Un tel fonds peut soit refléter la structure d'un portefeuille servant de base pour calculer l'indice boursier (portefeuille boursier), soit constituer un portefeuille basé sur la structure définie dans les statuts du fonds (portefeuille de base).

### **1.3. Fonds du marché monétaire**

Seuls les fonds d'investissement ouverts peuvent être des fonds du marché monétaire. Le trait caractéristique de ce type de fonds est un niveau de risque très bas pour ceux qui investissent dans ces fonds . Ces fonds ne placent leurs actifs que dans des instruments du marché monétaire et dans des dépôts bancaires à court terme, payables sur demande. Ainsi, on assure la sécurité des placements tout en donnant la possibilité de réaliser des profits plus élevés que ceux résultant de placements bancaires. En plus, la liquidité de l'investissement est préservée.

[12] Z. Doboszewicz,*Fundusze inwestycyjne*, ( Les fonds d'investissement), Twigger,2008,pp. 53–54.

## **1.4.Fonds des actifs non publics**

Le fonds des actifs non publics est soit un fonds d'investissement fermé, soit un fonds d'investissement spécialisé ouvert, dont le fonctionnement est réglementé par la loi sur les fonds d'investissement.

Ce fonds applique les règles et les limitations d'investissement propres à un fonds d'investissement fermé et il place au moins 80 % de ses valeurs dans des actifs autres que les valeurs mobilières admises sur le marché réglementé (à moins que des valeurs mobilières ne soient admises sur le marché réglementé après leur acquisition par un fonds) et dans des instruments du marché monétaire (à moins qu'ils ne soient émis par des sociétés non publiques dont les actions ou les parts font partie du portefeuille d'investissement d'un fonds) Les instruments du marché monétaire ne peuvent pas dépasser 20 % de la valeur des placements du fonds, à moins qu'ils ne soient émis par des acteurs dont les actions ou les parts font partie de son portefeuille d'investissement. Au cas où il existerait des dispositions adéquates dans ses statuts, le fonds des actifs non publics peut verser à ses participants les revenus de la vente des placements du fonds.

Une telle construction constitue une tentative d'encadrer le fonctionnement des fonds du secteur « private equity/venture capital » pour qu'ils agissent selon les dispositions légales prévues pour un fonds d'investissement fermé ou pour un fonds d'investissement spécialisé ouvert qui applique les limitations d'investissement propres à un fonds fermé. Les fonds de ce type peuvent ainsi devenir un objet de placement plus attractif par exemple pour les fonds de pension qui ne pourraient pas, autrement, faire des placements dans ce secteur à cause des limitations d'investissement qui leur sont imposées

## **2. Les fonds du type private equity**

Le *Private equity* en Pologne peut exister en deux versions, soit comme un véritable *private equity*, avec des marques significatives dans son portefeuille et un capital vraiment important, auquel participent des investisseurs externes réels à travers leurs parts d'un fonds (investisseurs indirects) ; soit comme un véhicule financier (fiscal) confortable pour des *holdings* opérationnels ordinaires, plus ou moins grands, ou bien en général pour des entreprises familiales qui ne remplissent pas à elles seules de conditions pour devenir un fonds de capital-risque – cette seconde version est assez répandue en Pologne.[13]

[13] por.M.Panfil, *Fundusze private equity. Wpływ na wartość spółki( Les fonds private equity.L'influence sur la valeur de la société)*, Difin 2008.

Cette dernière forme est utilisée par le capital polonais pour intervenir sur les marchés d'Europe orientale. La forme d'un *private equity* développé est plutôt utilisée avec l'enregistrement d'une société mère au Luxembourg.[14]

En ce qui concerne de petits *private equity* polonais, le phénomène d'anéantissement de sociétés dans lesquelles on investit n'existe pas. Prenant en considération le fait que des entreprises principales existantes ont été créées au sein d'une société mère elle-même, c'est plutôt le choix de sociétés pour le portefeuille et leur bénéfice éventuel qui ont une importance majeure. L'abus de position par une société dominante se manifeste souvent par une pratique que l'on appelle « la gestion à la main » des sociétés filles par la société mère.

Le phénomène de coopération avec des investisseurs actifs peut revêtir de nombreuses formes. En ce qui concerne des PE issus de petits groupes de production, comme c'est le cas en Pologne, l'intensité de l'activité des investisseurs est variée, mais la position dominante et le pouvoir de décision sont gardés par la société PE.

## **2.1. Activité des investisseurs actifs**

En principe, l'activité des actionnaires dépend de leur position au sein de la société. Les investisseurs en position dominante, ou majoritaire, peuvent – grâce à leurs prérogatives – diriger la politique de la société et influencer les décisions prises par les organes de la société. Cela peut se produire, par exemple, à travers les nominations de membres du directoire et du conseil de surveillance. Quant aux actionnaires qui ne bénéficient pas à eux seuls de la position majoritaire ou dominante, ils doivent nouer des arrangements afin de faire adopter leurs propositions et d'obtenir une influence décisive sur l'activité de la société. Les actionnaires actifs agissent surtout en exerçant les droits qui leur sont accordés par les dispositions du Code des sociétés commerciales, en particulier le droit de mettre en cause toute décision concernant la société. De telles interventions leur permettent de protéger leurs intérêts en tant qu'investisseurs. Pourtant, il est bon de souligner que des litiges éventuels produisent toujours des effets négatifs pour toute la société, car ils peuvent mener à une paralysie de son activité.

[14]. A.Kaliszuk, *Fundusze Private Equity i Venture Capital (Les fonds private equity et venture capital)* [w:] [dans] *Biuletyn euro info dla małych i średnich firm*, kwiecień 2004.p.17.

## **Résumé**

Le changement des régulations adressées aux investisseurs étrangers en Pologne aux normes proposées à l'échelle mondiale, y compris l'accès à des procédures spécialisées pour le règlement des différends investisseur-État, semble pour l'instant nécessaire, sinon pour créer la sécurité juridique nécessaire à l'investissement étranger.

Le climat actuel d'investissement en Pologne est affecté par de nombreux facteurs ayant l'impact économique et juridique de force variable.

Les investisseurs étrangers font souvent des investissements en capital seulement dans les pays qui leur fournissent une protection adéquate - dans le cas de violation de leurs droits - qui peut garantir la possibilité de recours efficaces.