

Rapport turc sur l'investissement et mondialisation

Rapporteurs

Oğuz Dorken, Université de Marmara, Istanbul-Turquie

Dr. Berk Demirkol, Université de Galatasaray, Istanbul-Turquie

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?

Non. La Turquie n'est pas partie aux accords de nouvelle génération. Il n'y a pas d'opinion publique là-dessus comme la Turquie est restée en dehors des négociations de ces accords.

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?

La Turquie est seulement partie à l'Organisation de coopération islamique et au Traité sur la Charte d'Energie comme accord multilatéral sur l'investissement. En outre, elle n'a pris aucun rôle dans les négociations des méga-accords mentionnés. C'est pourquoi il n'y a pas vraiment un débat en Turquie sur la marge de manœuvre réglementaire qui concerne un de ces accords (il existe des articles journaliers qui parlent du vœux du président de la République turque de joindre à l'accord de TTIP; par contre il n'y a pas de fortes chances que la Turquie soit permise d'être partie à cet accord). En conséquence, il n'y a pas de réforme législative respective.

Quand même, la Turquie étant un des membres de l'OMC, elle change sa législation pour qu'elle soit compatible avec les accords commerciaux sous le toit de l'OMC.

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?

Selon l'article 7 de la loi sur la protection de la concurrence (loi 4054), la création d'une position dominante ou le renforcement de cette position par le moyen de fusion et d'acquisition est interdite si cet acte entraîne une diminution important de la concurrence. A fin d'assurer cette protection, les actes de fusion et d'acquisition sont soumises au contrôle préalable de l'autorité de la concurrence, à condition que le montant de l'acte dépasse un seuil détermine.

Quand on examine les statistiques des décisions de l'autorité de concurrence à la lumière de ce cadre juridique, on n'observe pas une barrière subjective comme il est demandé dans la question (Les rapports de statistique des décisions de l'autorité de concurrence sont accesible sur: <http://www.rekabet.gov.tr/en-US/Decision-Stat-List>). On ne rencontre pas une décision de refus dans les derniers reports comprenant les années 2008-2014. Pour autant que l'on sache, la dernière décision de refus a eu lieu entre les années 97-99. Par ailleurs, selon le raisonnement donné par l'autorité de compétence dans cette décision de refus, l'acte en l'espèce ne constituait pas un acte de fusion ou d'acquisition dans le sens de l'article 7 de la loi 4054. Comme on le voit ici, l'autorité arrive très rarement à une décision négative concernant les demandes de fusion et acquisition et on n'observe pas une subjectivité dans le motif de cette décision.

D'autre part, dans certains cas l'autorité de compétence octroi un agrément conditionnel et détermine les règles et les changements qu'il faut satisfaire pour donner la validité à l'acte de fusion ou d'acquisition. En pratique, un agrément conditionnel signifie sans doute un refus temporaire. Ce genre de décisions donne lieu à des critiques raisonnables à propos de la compétence de l'Autorité de la concurrence laquelle est limitée avec une décision d'agrément ou d'un refus inconditionnel. Au lieu de cette pratique contestable, quelques auteurs proposent, une révision qui prévoit un mécanisme en deux stages comme il est prévu en Droit communautaire. Toutefois, des décisions d'agrément conditionnel est prise pour 2 à 3 cas sur environ 200-250 dossiers par ans. L'Autorité a octroyé son agrément pour le reste. Selon nos observations, les demandes de l'Autorité dans les agréments conditionnels correspondent à des exigences objectives visant la protection de la concurrence dans l'économie Turque et non à des conditions discriminatoires.

Outre le contrôle de l'Autorité de la concurrence, la commission du marché des capitaux (CMB) et l'organe de régulation et de surveillance des banques (BRSA) exercent des procédures d'agrément, respectivement dans le marché des capitaux et dans le secteur bancaire. L'autorisation préalable de CMB est requise pour l'exercice des activités d'investissement dans le marché des capitaux (art. 39 de la loi sur le marché des capitaux). L'autorisation de BRSA est demandée si l'acquisition des actions d'une banque dépasse un seuil déterminé (art. 18) selon la loi bancaire. Les étrangers jouissent d'un traitement égal à celui des investisseurs turcs pour l'octroi d'une telle autorisation. Ces procédures d'agrément ne constituent pas un mécanisme de contrôle dérogatoire vis-à-vis

des investisseurs étrangers mais un contrôle générale pour la régulation du marché. En conclusion, il n'est pas convenable de dire qu'un tel contrôle tacite existe en Droit turc à l'heure actuelle.

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?

Dans les TBIs turcs, l'investisseur est généralement défini, pour les personnes morales, en faisant une référence à "l'activité économique effective" ou "substantielle" (TBI Bangladesh-Turquie (conclut en 2012); TBI Cameroun-Turquie (conclut en 2012); TBI Gabon-Turquie (conclut en 2012); TBI Pakistan-Turquie (conclut en 2012); TBI Gambie-Turquie (conclut en 2013); TBI Colombie-Turquie (conclut en 2014)). Cette définition dans ces TBIs empêcherait les sociétés établies dans les paradis fiscaux d'apporter une plainte en arbitrage de l'investissement. En outre, même les TBIs turcs les plus modernes ne disposent aucune règle sur la question de l'harmonisation fiscale ou des paradis fiscaux. Il y a par contre des exclusions pour les litiges qui concernent les question fiscales.

Par contre, il y a des mesures prises par la Turquie contre les paradis fiscaux dans la législation nationale.

- Loi 5520 sur l'impôt des sociétés prévoit qu'il faut payer un stoppage de 30% pour chaque transfert d'argent vers les pays des paradis fiscaux;
- Loi 5520 prévoit que les sociétés étrangères qui sont contrôlées par les ressortissants turcs sont soumis à la Loi turque sur l'impôt des sociétés et doivent payer l'impôt en Turquie pour leurs revenus dans certaines conditions.

La Turquie a aussi conclut des traités de coopération avec certains pays dits des paradis fiscaux (Jersey, Bermuda, Isle of Man, Guernesey) pour échanger des informations suivant les politiques de transparence adoptés par l'OCDE.

La Turquie a aussi signé la Convention de l'OCDE concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale (en 2011), mais elle ne l'ai pas encore ratifiée (http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf).

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?

Il y a un recours à la fiscalité pour attirer l'investissement. Ces réglementations ne concernent pas spécifiquement les investisseurs étrangers, mais plus généralement n'importe quel investissement fait dans des régions pauvres de la

Turquie ou des grands projets d'investissement ou bien des investissements dans certains secteurs stratégiques. Les investisseurs étrangers aussi peuvent profiter de ces réglementations. Par exemple ils peuvent réaliser des investissements de la même manière que celui des turcs dans les zones de libre-échange. Voir aussi <http://www.vmhk.org.tr/wp-content/uploads/2011/11/Rukiye-Gök-Doğrudan-Yabancı-Sermaye-Yatırımlarına-Uygulanan-Vergi1.pdf>

Pour d'autres secteurs stratégiques, ce n'est pas par la fiscalité que les investisseurs étrangers sont dissuadés, mais plutôt par des interdictions ou limitations légales qui s'appliquent exceptionnellement. Notamment, article 19 al. f de la loi 6112 sur le radio-télévision, porte une limitation selon laquelle le capital étranger direct ne peut pas dépasser 50% du capital total d'un fournisseur de service de média. Une personne physique ou morale étrangère ne peut acquérir que les actions de deux fournisseurs de service de média.

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

Les subventions appliquées par la Turquie (allocation d'un endroit pour l'investissement, support aux coûts de l'énergie) sont offertes généralement à tous les investissements qui entrent dans le champ d'application des provisions concernées. Autres subventions sont les exonérations du TVA, du droit de douane, support pour des intérêts en cas de crédit (<http://www.invest.gov.tr/tr-TR/investmentguide/investorguide/Pages/Incentives.aspx>). Par contre, il n'y a pas de subventions spécifiques pour attirer l'IDE.

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?

Nous pensons qu'il n'y a pas qu'une seule politique suivie par les pays développés. Par exemple, il n'apparaît pas que les États-Unis renonceraient assez facilement de ce système. Par contre, les pays développés, qui ont en même temps un meilleur système juridique, pourraient préférer d'abolir l'arbitrage international pour les litiges d'investissements avec ou sans une court internationale établie pour ce type des litiges. C'est vrai que la possibilité de porter le litige d'investissement devant un tribunal arbitral n'est pas une vraie raison d'attraction des investissements pour ces pays.

Par contre, un tel système juridique n'existe pas dans d'autres pays et c'est pourquoi il faudrait préserver le système d'arbitrage pour les investissements dits "nord-sud" ou "sud-sud".

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'opinion publique en Turquie n'était pas vraiment formée jus qu'aux années 90 quand le Gouvernement a commencé à adopter des instruments internationaux d'investissement (CIRDI et TBI). D'une part, le marché libéral les a favorisés; d'autre part, il y avait une inquiétude que ce système pourrait jouer un rôle contre la souveraineté de l'Etat.

Aux années 2000s, une dizaine de plaintes d'investissement est portée contre la Turquie en arbitrage d'investissement. Sauf dans l'affaire PSEG c. Turquie, le tribunal a trouvé une violation de droit des investissements. Cependant, la Turquie a dû payer USD 10 millions même si l'investisseur a demandé une compensation équivalent à USD 1 milliard. C'est pourquoi, il n'y a pas eu de motif pour montrer une réaction publique contre le régime de droit des investissements.

Au contraire, les investisseurs turcs profitent du système d'arbitrage d'investissement et ils portent des plaintes contre les pays où ils ont fait des investissements. Comme les pays de la région où les investisseurs turcs font des investissements, ne sont pas des pays qui ont un système juridique et politique développé (par ex: Turkménistan, Ouzbékistan, Kazakhstan, Libye, Irak, Jordanie), ils ont été soumis aux risques diverses. C'est pourquoi la protection des TBIs a été essentielle. Les investisseurs turcs ont profité de ce système et ils font confiance en ce système contre les mesures dictatoriales par certains pays hôtes qui sont prises contre eux.

Pour ces raisons, le règlement des différends par l'arbitrage n'est pas mis en cause en Turquie et il n'y a pas une recherche pour l'alternative.

2.1.1. 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?

Puisque l'économie turque ne possède pas de surplus budgétaire, un tel investissement de fond souveraine en tant qu'investissement public n'est pas actuellement réalisable. Malgré des propositions d'instaurer un fond souverain basé sur la liquidité acquise par la caisse assurance-chômage, la nature de précaution et la fonction assureuse particulière de ce fond qui sera mise à la disposition en cas d'apparition d'une récession économique, également le niveau de chômage actuel en Turquie, ne permet pas un usage comme une ressource aux fonds souverains.

D'ailleurs, le marché turc est ouvert depuis longtemps aux investissements souverains étrangers. Il y a eu des investissements dans le secteur bancaire, secteur de l'énergie, dans les grands projets d'infrastructure et dans plusieurs d'autre, particulièrement dans les dix dernières années. Comme la doctrine dominante d'économie même les politiques économiques du gouvernement soutiennent l'encouragement des capitaux internationaux à fin d'intensifier les investissements étrangers en général et les fonds souverains en particulier. Par conséquent, la législation turque favorise l'ouverture de marché aux fonds étrangers et ne contient pas de mesures de restrictions à l'exception de l'acquisition des actions majoritaire des entreprises de medias de masse et d'acquisition de propriété immobilière au-dessus d'une certaine dimension. Aujourd'hui les fonds souverains participent, en tant qu'investissement direct étranger, aux grands projets d'infrastructure. Ils investissent au secteur privé par l'intermédiaire de fusion et d'acquisition et au secteur public par l'intermédiaire de privatisation. Ils acquièrent des terres d'agricoles et d'élevages et d'autres entreprises économiques étatique. Les privatisations en secteur public s'opèrent sans grande discussion dans les dernières décennies. Les fusions et acquisitions en secteur privé sont soumises rien qu'une surveillance régulatrice de l'autorité de compétence, et selon sa nature, de BRSA, de CMB et le Sous-Secrétariat au Trésor.

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?

En droit turc, il n'y pas de législation particulière qui s'adresse directement aux fonds souverains. Par contre la loi 4875 sur les investissements direct étranger couvre ce type d'investissement. Selon ladite loi, les personnes morales

étrangères et les institutions internationales établies en vertu des lois des pays étrangers sont incluses dans la définition de l'investisseur étranger. Ici, il n'y a pas de limitation sur le caractère de personne morale. Cela peut être une personne morale de droit privé ou de droit public. Les investisseurs étrangers jouissent d'un traitement égal à celui des investisseurs turcs, bénéficient d'une protection contre la nationalisation, du libre transfert de capitaux. Il n'y a pas d'exigences minimales de fonds et ils profitent des incitatifs fiscaux pour certains types d'investissement. Les investisseurs étrangers jouissent du droit d'accéder à la propriété immobilière sous les conditions prévues à l'article 35 de la loi 2644 sur le registre des titres de propriété, laquelle requiert le consentement du gouvernement pour une acquisition au-delà d'une quantité déterminée.

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?

Un des problèmes majeurs dans les marchés émergents tel que celui de la Turquie, est l'insuffisance des investissements étrangers pour financer l'accroissement du déficit budgétaire. Un autre problème est la faiblesse des taux d'épargne, autrement dit le manque de liquidité pour financer les investissements. En effet, les exigences économiques qui sortent de ce cadrage incite le gouvernement à prendre des mesures offensives comprenant des encouragements et des garantis économiques offerts aux investisseurs étrangères et parallèlement la législation turque assure ce positionnement.

Par conséquent, le mécanisme de la permission et d'approbation prévue dans l'ancienne loi sur l'IDÉ est substitué avec une system de déclaration. De même, l'étendue de l'investissement étranger est élargie. Le champ d'application de la loi abrogée sur l'IDÉ comprenait, seuls, les investissements dites entrepreneurs. La nouvelle loi ne contient pas des limitations pareilles sur le caractère de l'investissement.

2.3.4. 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?

Nous avons précisé *supra* les problèmes majeurs d'un marché émergent comme celui de la Turquie. Pour éviter ces problèmes, le marché doit devenir relativement prestigieux vis-à-vis des marchés internationaux. Et tel sera possible avec une rentabilité élevée d'investisseur et l'estimation de croissance potentielle de ce dernier dans ce marché pour son futur économique. Il est donc important pour les marchés émergents d'éviter les facteurs qui compliquent le flux de capitaux étrangers telle que la limitation de transfert. Ces règles économiques sont valable tant pour les investisseurs du droit privé que pour les personnes morales de droit public. Les fonds souverains sont des

investissements d'origine d'IDÉ, dont des investissements physiques et durables, et comme ils ont des gros fonds leur contribution à l'économie est notable. Par conséquent, il n'y aura pas de motif économique raisonnable pour un marché émergent, d'instaurer un régime dérogatoire à l'égard des fonds souverains.

Du point de vue politique, un régime dérogatoire, plus sévère que le régime prévu pour les autres investisseurs étrangers ne sera pas convenable. Aujourd'hui, il est suspicieux de dire, considérant la forte relation entre les politiciens et les hommes d'affaires, que l'investisseur privé agit tout indépendamment des intérêts de son Etat national. Ou bien à l'envers, il est possible pour un fond étatique de contourner la loi en faisant des investissements par l'intermédiaire d'une personne de droit privé. Certes, les États vont déterminer leurs politiques d'ouverture de marché aux investissements étrangers selon les dynamiques de leur développement économique et l'organisation de leur capital national dans une certaine mesure. Cependant, il n'est pas approprié d'empêcher les fonds souverains dans un secteur qui est ouvert à d'autres investisseurs étrangers.

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?

Le TBI entre la Turquie et le Koweït qui est entré en vigueur en 2013 prévoit spécifiquement à l'article 1(2) que le terme "investisseur" comprend les entités qui appartiennent entièrement ou partiellement à l'un des Etats contractants du Traité. Dans ce cas-là, une société qui appartient à l'Etat pourrait profiter du TBI. Par contre, un fond qui ne possède pas de personnalité légale et qui est possédé directement par l'Etat ne serait pas considéré comme une société qui appartient à l'Etat. Les fonds qui sont possédés par d'autre entité étatique seront d'ailleurs couverts par la protection du TBI.

On peut retenir une interprétation pareille pour les autres TBIs même en l'absence d'une telle provision spécifique précitée. Les TBIs ne nécessitent pas que l'investisseur soit une personne de droit privé, mais une personne physique ou morale ayant la nationalité de l'autre Etat contractant.

Cette approche est justifiée dans l'affaire *Rumeli Telekom c. Kazakhstan*. En l'espèce, suivant la nationalisation de l'opérateur turc par le Gouvernement turc, les actions de la société Rumeli Telekom sont passées au Fonds de garanti de l'épargne et de dépôts qui est un fond public. Le tribunal arbitral s'est déclaré

quand même compétent pour examiner l'affaire et il a continué à examiner le fond du différend.

2.5.6. 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?

Il n'y en a pas.