

MONDIALISATION ET INVESTISSEMENTS

Rapport suisse
(version provisoire)

par Nicolas Rouiller¹ et Daria Solenik²

Le présent rapport suit étroitement le questionnaire établi par le rapporteur général Hervé Prince, professeur à l'Université de Montréal.

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

- 1.1 *Votre pays participe-t-il à l'un des accords commerciaux régionaux dits de nouvelle génération (puisqu'ils incluent des secteurs inédits, dont l'investissement direct étranger, IDÉ)? Quels ont été les arguments mis de l'avant et comment votre opinion publique y a-t-elle réagi?*

La Suisse n'est pas partie à un tel accord dit « de nouvelle génération ». Elle a tissé un réseau de plus de 120 traités bilatéraux tendant à la protection réciproque des investissements³. D'après la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI), il s'agit du troisième réseau mondial (après l'Allemagne et la Chine).

Le recours intense de la Suisse à l'« approche classique » des instruments de protection des investissements, et sa tenue à l'écart des accords « de nouvelle génération », résulte de la non-

¹ Docteur en droit et avocat (associé en l'étude MCE Avocats à Lausanne, Locarno, Fribourg et Zurich), également professeur invité à l'Académie d'économie politique près le gouvernement de la Fédération de Russie et à Business School Lausanne.

² Docteur en droit et avocate (également au sein de l'étude MCE Avocats), inscrite aux barreaux de Paris et du canton de Vaud. — Les auteurs remercient également Me Colette LASSERRE ROUILLER, Docteur en droit et avocate, pour ses commentaires, et Mme Natalia GORBUNOVA, juriste, pour ses recherches.

³ Rapport du Groupe de travail relatif à la révision de certaines dispositions employées pour la négociation d'accords de protection des investissements (API), Résultat des travaux (7.3.2016), p. 2 ad n. 1.

participation de la Suisse à l'Union européenne (cette dernière participant à l'élaboration des accords « de nouvelle génération » évoqués dans la question).

La Suisse est cependant l'un des membres fondateurs de l'Association européenne de libre-échange (AELE), fondée en 1960 à l'initiative de la Grande-Bretagne (pour faire pièce à la construction communautaire). Cette organisation internationale ne regroupe plus que quatre Etats (Suisse, Norvège, Islande et Liechtenstein). L'AELE a tout de même conclu un nombre non négligeable d'accords de libre-échange avec d'autres Etats ou groupes d'Etats, qui comprennent un (modeste) volet relatif à la protection des investissements⁴. La modestie de ce volet ne permet pas de considérer que ces traités apporteraient des nouveautés notables en matière de protection des investissements.

En conséquence, l'opinion publique suisse n'est guère mobilisée par les accords dits « de nouvelle génération », puisque le pays n'a pas été invité à participer à leur élaboration. Ce sont plutôt les milieux économiques qui sont inquiets que le pays soit écarté de nouveaux ensembles de libre-échange.

En revanche, les accords sur l'Organisation mondiale du commerce, dont certaines dispositions ont bel et bien une portée tendant à la protection des investissements, avaient provoqué des réflexions critiques en ceci qu'ils limitaient la capacité des Etats à mettre en œuvre des règles tendant à protéger la santé publique et la sécurité alimentaire. Les affaires de l'amiante ou du bœuf aux hormones avaient suscité des inquiétudes car même des mesures très proportionnées (dont certaines proposées par la Suisse à titre de compromis dans les litiges entre les pays européens et les Etats-Unis) avaient été présentées comme incompatibles avec les accords⁵. On peut ainsi présumer que des limitations au pouvoir réglementaire, qui seraient prévues dans de nouveaux traités sur la protection des investissements et auraient la même nature, susciteraient des réticences.

⁴ Cf. p.ex. accord entre l'AELE et le Liban du 24.6.2004, art. 26 (sur la « promotion » des investissements) et 27 (garantie de la liberté du trafic des paiements en matière d'investissement et de commerce). Pour d'autres accords dans la zone méditerranéenne, voir ceux avec la Turquie (10.12.1991), Israël (17.9.1992), le Maroc (19.6.1997), l'AP (30.11.1998), la Jordanie (21.6.2001), la Tunisie (17.12.2004) et l'Egypte (27.1.2007), ou encore le Monténégro (14.11.2011). L'AELE a aussi conclu de tels accords avec l'Union douanière d'Afrique australe (SACU ; 7.8.2006, qui comprend quelques dispositions générales, cf. art. 28 al. 1, 1^{ère} phrase, 2^e partie et al. 2) ou le Conseil de coopération du Golfe (CCG, 22.6.2009). L'Accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et les Etats d'Amérique centrale du 24.6.2013 comprend un volet de protection des investissements sensiblement plus élaboré (art. 5), mais il ne lie pour l'heure que le Panama et le Costa Rica (et l'AELE); des traités semblables ont été conclus entre l'AELE et la Colombie le 25.11.2008, le Pérou le 24.6.2010 (art. 5), l'Ukraine le 24.6.2010 et Hong Kong le 21.6.2011 (art. 4).

⁵ Dans l'affaire dite du bœuf américain traité aux hormones anabolisantes (« *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés [hormones]* »), le Rapport du Groupe spécial du 18.8.1997 avait retenu que « l'interdiction des importations de viande bovine et de produits à base de viande bovine traitée avec l'une ou l'autre des six hormones spécifiques à des fins anabolisantes qui était imposée par les CE était incompatible avec les articles 3:1, 5:1 et 5:5 de l'Accord SPS »; le 16.1.1998, l'Organe d'appel n'a confirmé l'incompatibilité que sur les articles 5:1 et 5:5 (à savoir essentiellement pour des questions de preuve; WT/DS48/AB/R). — Dans l'affaire de l'amiante, l'Organe d'appel avait rejeté la plainte du Canada (cf. Rapport du 12.3.2001, WT/DS135/12, N 186-193).

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?*

1.2.1 Dans la pratique suisse des traités de protection des investissements, la Suisse a été réceptive, depuis de nombreuses années, aux demandes d'Etats potentiellement récipiendaires des investissements de ses entreprises tendant à ce que le droit de l'Etat bénéficiaire de l'investissement à légiférer selon sa conception de l'intérêt public ne soit pas entravé.

A titre d'exemple, le traité conclu avec la Turquie le 3 mars 1988 prévoyait dans son préambule qu'il importait que les investisseurs « *respecte[nt] la souveraineté et les lois du pays hôte ayant juridiction sur eux et d'agir de manière compatible avec les politiques et les priorités adoptées par le pays hôte* ». La Suisse se considérant essentiellement comme un pays exportateur de capitaux (ce qui correspond effectivement à la réalité, le stock des investissements suisses directs à l'étranger présentant un solde de l'ordre de 300 à 400 milliards d'euros par rapport aux investissements étrangers en Suisse⁶, tandis que la prise en compte des investissements de la Banque nationale suisse fait passer la position nette globale de la Suisse à environ 800 milliards⁷), ce rappel a été adopté à la demande de la Turquie, mais accepté sans difficulté par la

⁶ Cf. p.ex. Département fédéral des affaires étrangères, La Suisse et l'UE en chiffres (mise à jour au 26.3.2016), p. 13-14. Au 31.12.2014, les investissements directs suisses à l'étranger étaient évalués à 1447 milliards de francs et les investissements directs étrangers en Suisse à 1093 milliards (cf. communiqué BNS du 23.9.2015 [n. 7 *infra*], p. 7).

⁷ Données au 31.12.2014 (en prenant toutes les catégories répertoriées par la Banque nationale suisse, soit aussi les investissements de portefeuille, le stock atteint 4'246 milliards d'actifs à l'étranger pour 3'477 milliards d'engagements envers l'étranger), communiqué BNS du 23.9.2015 (p. 7); les seules réserves monétaires de la Banque nationale suisse se montaient à cette date à 541 milliards de francs (pour les chiffres au 31.3.2016, voir *infra* n. 57).

Suisse⁸. Des traités conclus ultérieurement par celle-ci ne comprennent pas un tel rappel de la souveraineté réglementaire⁹.

1.2.2 A partir de 2012, un groupe de travail interne à l'administration a retravaillé le modèle d'accord utilisé par la Suisse. Dans ce cadre, animé notamment par le concept de développement durable, il a été tenu compte d'idées allant dans le sens d'une reconnaissance de la souveraineté réglementaire¹⁰ et d'intérêts autres que la stricte protection des investisseurs : « *Le préambule a été étoffé et contient à présent des références au développement durable, à la lutte contre la corruption, aux droits de l'homme, aux normes et principes de responsabilité sociétale des entreprises et à la cohérence entre les différents domaines politiques. Une disposition traite du droit des Etats de prendre des mesures dans l'intérêt public et notamment en matière de santé, de sécurité, de travail et d'environnement (droit de réglementer). Par ailleurs, une autre disposition stipule qu'il n'est pas approprié d'abaisser le niveau de protection prévu dans ces domaines sur le plan national dans le seul but d'encourager l'investissement* »¹¹.

1.2.3 Le traité conclu avec la Géorgie en 2014 est le premier à suivre entièrement cette approche¹².

Le préambule énonce que les Parties contractantes « *reconnais[s]ent la nécessité d'encourager et de protéger les investissements étrangers en vue de promouvoir la prospérité économique et le développement durable des deux Etats, [sont] convaincues que ces objectifs sont réalisables sans abaisser les normes d'application générale relatives à la santé, à la sécurité, au travail et à l'environnement, affirm[e]nt le soutien réciproque des politiques relatives à l'investissement, à*

⁸ Un tel rappel figure aussi dans le traité avec le Panama du 19.10.1983 (préambule : « *pour promouvoir et maintenir le flux international de capitaux, il est nécessaire d'établir et de maintenir un climat approprié pour le développement et le rétablissement des investissements privés, qui respectent pleinement la souveraineté et en plein accord avec les lois du pays hôte ayant juridiction sur eux et se conformant aux politiques et aux priorités adoptées par le pays hôte pour assurer l'efficacité de leur contribution au développement* ») ou dans celui avec le Nigéria du 30.11.2000 (préambule, *in fine* : « *reconnaisant le droit des Parties contractantes de fixer les conditions d'admission des investissements étrangers et le devoir de l'investisseur de respecter la souveraineté du pays d'accueil et d'observer ses lois* »).

⁹ Cf. p.ex. les traités conclus avec le Vietnam le 3.7.1992, avec la Lettonie le 22.12.1992, avec la Mongolie le 29.1.1997, avec l'Inde le 4.4.1997, avec l'Arménie le 19.11.1998, avec le Liban le 3.3.2000 ou avec l'Azerbaïdjan le 23.6.2006.

¹⁰ Cette prise en compte est demeurée nuancée, car, en réalité, le rappel de la souveraineté réglementaire va de soi à défaut de dispositions qui la restreindraient explicitement. Le Rapport du 7.3.2016 (n. 3 *supra*) évoque d'ailleurs que cette observation a été faite par des experts entendus (p. 5, ch. 2.3 : « *La clause relative au droit de réglementer a également fait l'objet de commentaires et il y a eu des avis divergents dans l'évaluation de la nécessité et de l'utilité pratique de cette clause* »).

¹¹ Rapport du 7.3.2016 (cf. note 3 *supra*), p. 4 (ch. 1.2).

¹² Le traité conclu deux ans plus tôt avec la Tunisie, le 16.10.2012, reflétait le progrès de cette sensibilité en indiquant dans son préambule que les deux Etats « *reconnais[s]ent la nécessité d'encourager et de protéger les investissements étrangers en vue de promouvoir la prospérité économique et le développement durable des deux Etats, [et sont] convaincus que ces objectifs peuvent être atteints dans le respect de la législation relative à la santé, à la sécurité et à l'environnement* ».

l'environnement et au travail à cet égard, réaffirm[e]nt leur attachement à la démocratie, à l'Etat de droit, au respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales conformément à leurs obligations en vertu du droit international, [sont] déterminées à encourager les investisseurs à respecter les normes et principes de responsabilité sociale des entreprises reconnus internationalement, [et] confirm[e]nt leur engagement dans la prévention et la lutte contre la corruption dans les investissements internationaux ».

Parmi les dispositions du traité, l'article 3 al. 3 stipule que « *les Parties contractantes reconnaissent qu'il est inapproprié d'affaiblir ou d'abaisser le niveau de protection prévu par leurs lois, règlements et normes en matière de santé, de sécurité, de travail et d'environnement dans le seul but d'encourager les investissements. Par conséquent, une Partie contractante ne renonce pas ou ne déroge d'une autre manière, ni n'offre de renoncer ou de déroger d'une autre manière à ces lois, règlements et normes dans le but d'encourager les investissements d'un investisseur de l'autre Partie contractante* ».

L'article 9 y est spécialement consacré. Son al. 1 stipule qu'« *[a]ucune disposition du présent Accord n'est interprétée comme empêchant une Partie contractante d'adopter, de maintenir ou d'appliquer toute mesure conforme au présent Accord qui vise l'intérêt public, telle que les mesures se rapportant à la santé, à la sécurité, au travail ou à l'environnement ou les mesures prudentielles raisonnables* ».

La Suisse reste cependant consciente du danger évident que représenterait l'invocation artificielle ou exagérée d'un intérêt public aux fins de restreindre de façon injustifiée les droits des investisseurs, voire de les discriminer de façon indirecte. Ainsi, l'al. 2 de l'article 9 stipule expressément que « *[d]e telles mesures peuvent être adoptées, maintenues ou appliquées à condition qu'elles ne soient pas mises en œuvre de façon arbitraire ou injustifiable et qu'elles ne constituent pas une restriction déguisée aux investissements des investisseurs de l'autre Partie contractante* ».

Sur le plan de l'expropriation, l'article 6 al. 1, 1^{ère} phrase, du traité rappelle que toute mesure qui a, même indirectement, le caractère ou l'effet d'une expropriation ou d'une nationalisation doit donner lieu à une indemnisation (« *Aucune des Parties contractantes ne prend, directement ou indirectement, des mesures d'expropriation, de nationalisation ou toute autre mesure ayant le même caractère ou le même effet à l'encontre des investissements d'investisseurs de l'autre Partie contractante, si ce n'est pour des raisons d'intérêt public et à condition que ces mesures ne soient pas discriminatoires, qu'elles soient conformes aux prescriptions légales et qu'elles donnent lieu au paiement d'une indemnité effective et adéquate* »). Il s'agit là de marquer qu'au-delà de l'expropriation formelle (suppression d'un droit de propriété), l'Etat hôte est aussi tenu d'indemniser l'expropriation matérielle, soit celle qui découle de mesures (y compris réglementaires) qui privent un droit de sa valeur économique¹³.

¹³ Dans le Rapport du 7.3.2016 (supra n. 3), il est fait usage de la notion d'expropriation indirecte (p. 6, ch. 3.1.2 : « *l'expropriation indirecte se produit lorsque l'investisseur est substantiellement privé des attributs*

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?*

Une telle tendance n'est pas observée en Suisse. Des restrictions extrêmement fortes à l'investissement étranger existent depuis les années 1950 *dans le domaine de l'immobilier résidentiel* : l'investissement par les non-résidents n'y est pas souhaité en raison de l'exiguïté du territoire et de la forte demande résultant de la séduction qu'exercent les paysages alpins et lacustres (ainsi que de l'opinion selon laquelle un investissement immobilier en Suisse, laquelle est considérée comme un havre de stabilité, serait utile en cas de crise internationale). Les interdictions d'investir dans l'immobilier résidentiel¹⁴ visent ainsi notamment à éviter une hausse incontrôlée des prix du logement pour la population.

Excepté ce domaine particulier, la loi ne prévoit pas de restrictions. L'Etat n'aurait d'ailleurs en principe pas la compétence de freiner des investissements étrangers. L'Etat fédéral aurait besoin d'une attribution de compétence prévue dans la Constitution fédérale¹⁵; il n'existe pas de disposition à cet effet¹⁶. Quant aux cantons, ils ne peuvent entraver la liberté économique que pour des motifs prépondérants d'intérêt public, notamment de police. L'entrave aux investissements étrangers ne paraît pas pouvoir se justifier par des motifs de police.

En revanche, les entreprises – même cotées en bourse – sont en mesure de se protéger elles-mêmes contre toutes tentatives de contrôle non-désirées. En effet, le droit suisse leur permet de limiter la détention du capital par un actionnaire ou un groupe d'actionnaires à un seuil

fondamentaux de la propriété de son investissement, sans qu'il n'y ait transfert du titre légal de propriété ou saisie physique de l'investissement »).

¹⁴ Loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger du 16.12.1983. Cette loi a succédé à des réglementations (initialement temporaires) en force au niveau fédéral depuis 1961 (voir le Message du Conseil fédéral du 16.9.1981, in Feuille fédérale [FF] 1981 III 553 ss, spéc. p. 560).

¹⁵ Art. 94 al. 4 Cst (« *Les dérogations au principe de la liberté économique, en particulier les mesures menaçant la concurrence, ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons* »).

¹⁶ La Confédération a une compétence pour déroger à la liberté économique, en cas de besoin, « *dans les domaines du crédit et de la monnaie* » (art. 100 al. 3 Cst), dans la « *politique économique extérieure* » (art. 101 al. 2), dans « *l'approvisionnement du pays* » (art. 102 al. 2) et dans la « *politique structurelle* » (art. 103 *in fine*). Ces domaines sont potentiellement vastes mais les mesures dérogatoires sont rares de par l'interprétation stricte de la notion des « cas de besoin » et l'orientation politique générale des majorités parlementaires et gouvernementales.

maximal (p.ex. 3%, 5% ou 10%)¹⁷. Cela concerne les tentatives émanant d'investisseurs aussi bien étrangers que suisses¹⁸.

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?*

Les Etats ne manquent pas de moyens pour protéger leurs intérêts fiscaux face aux investisseurs. L'échange automatique d'information progressivement mis en place sous l'égide de l'OCDE (tant sur le plan bancaire que sur le plan des informations fiscales)¹⁹ ne laissera guère de place à une utilisation des paradis fiscaux qui contrecarrerait la mise en œuvre de l'imposition. Seuls les traités « de double imposition » (c'est-à-dire : visant à éviter la double imposition)²⁰ et les principes constitutionnels ou les garanties fondamentales (prohibition de l'imposition confiscatoire ou arbitraire²¹) continueront de limiter la possibilité pour les Etats de

¹⁷ Art. 685 ss CO (voir sur ces questions le rapport suisse à l'association Capitant de 2012, Nicolas ROUILLER, *La prise du pouvoir dans les sociétés commerciales en Suisse*, in *Le pouvoir dans les sociétés* [Journées chiliennes], Paris 2014, p. 226 ss ; voir aussi le rapport de synthèse de Paul LE CANNU, p. 16 ss, et rapport général par Stéphane ROUSSEAU, p. 23 ss).

¹⁸ Jusque dans les années 1990, les investisseurs anglo-saxons percevaient ces restrictions comme concernant les étrangers (cf. p.ex. Rebecca G. PETERS, *Protection Against Hostile Takeover and the Exercise of Shareholder Voting Rights in Switzerland*, *University of Pennsylvania Journal of International Business Law* 1990 p. 520 ss, p. 521-523), mais en réalité, elles concernaient (et continuent de concerner, si la société visée le veut) tous les investisseurs souhaitant que sa participation dépasse un certain seuil.

¹⁹ Voir notamment la *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale* élaborée par l'OCDE (adoptée par le Conseil de l'OCDE le 15.7.2014).

²⁰ On trouve occasionnellement dans les traités de protection des investissements l'expression de la crainte que la protection des investisseurs puisse entraver la souveraineté fiscale. Ainsi, à son article 8, le traité avec la Colombie du 17.5.2006 a précisé (à la demande de celle-ci) que « Le présent Accord n'est pas applicable en matière fiscale, à l'exception de l'art. 6 [expropriation] et de l'art. 10 al. 2 [engagements spécifiques] ». Ce traité prévoit aussi la primauté des dispositions de l'accord de double-imposition (art. 8 al. 3 : « *En cas de divergence entre le présent Accord et une convention en matière fiscale liant les Parties, cette dernière prévaudra dans la mesure de la divergence* »). — On trouve une préoccupation intéressante dans le traité de double imposition avec le Liban du 3.3.2000, qui précise à l'article 1 (lit. b) que « [l]e terme 'investisseur' désigne [...] les entités juridiques [...] constituées conformément à la législation [d'une] Partie contractante ainsi que les entités juridiques qui ne sont pas constituées conformément à cette législation mais sont effectivement contrôlées par des nationaux ou par des entités juridiques de cette Partie contractante; ces critères s'appliquent également aux sociétés holdings et offshore » (cette précision introduite à la demande du Liban reflète la volonté de cet Etat de protéger ses nationaux également lorsque – comme l'expérience de la guerre civile de 1975 à 1990 l'avait montré – ils doivent investir à travers des structures étrangères, y compris peu coûteuses, comme les sociétés dites « offshore »).

²¹ Voir p.ex. arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 20.9.2011 dans la cause OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie (requête N° 14902/04), ch. 650-658 (sur l'indemnisation, voir l'arrêt du 24.6.2014).

procéder aux impositions prévues dans leurs lois fiscales. L'absence d'harmonisation (qui traduit les conceptions différentes que les Etats continuent d'avoir quant à certains aspects de l'imposition des bénéfices ou d'autres substances fiscales²²) crée surtout un risque pour les entreprises de taille moyenne ou petite, qui ne parviennent pas à saisir dans tous ses aboutissants la complexité fiscale de leurs activités internationales et sont dès lors sujettes à des prétentions fiscales multiples et cumulatives des différents Etats potentiellement concernés (par contraste, les très grandes entreprises ont en principe largement les moyens de traiter cette complexité insurmontable pour d'autres). L'absence d'harmonisation ne semble pas mettre en danger les intérêts des Etats.

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?*

Jusqu'à récemment – comme un nombre considérable d'autres Etats²³ –, la Suisse pratiquait en matière d'impôt sur le bénéfice des taux favorables pour les activités internationales des entreprises (qui n'étaient que partiellement imposées au niveau cantonal et communal)²⁴. Les taux seront désormais les mêmes pour les activités internationales et les activités tournées vers le marché intérieur²⁵. Cela étant, l'imposition favorable des activités internationales ne donnait pas véritablement lieu à des investissements, mais à une localisation en Suisse de certaines activités très mobiles (négoce²⁶, assurance, financement du commerce).

²² Ces différentes conceptions sont légitimes. En ce qui concerne les substances fiscales, il est évident que les pays producteurs de matières premières doivent en imposer substantiellement l'extraction et l'exportation. En ce qui concerne l'imposition du bénéfice, il est tout aussi évident que des Etats sans ressources naturelles, ni accès à la mer, ni d'autres atouts géopolitiques (soit typiquement des pays comme la Suisse, le Luxembourg, le Liechtenstein ou des Etats enclavés d'Europe centrale comme la République tchèque, la Slovaquie ou la Hongrie), ne peuvent pas pratiquer des taux d'imposition aussi élevés que des Etats en bénéficiant, faute de quoi peu d'activités seraient localisées sur leur territoire.

²³ Voir le rapport rendu le 20.2.2013 par le cabinet PwC (sur mandat de l'Association vaudoise des banques [ABB]) sur les pratiques « agressives » d'attractivité fiscale dans 36 pays, dont ceux de l'Union européenne : *Inventory of EU tax regimes, taxation principles in selected countries* (accessible en ligne à l'adresse <http://www.banques-finance-vaud.ch/>; pour un résumé, voir communiqué AVB du 22.3.2013.

²⁴ Voir art. 28 al. 3 et 4 de la Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes.

²⁵ Voir, p.ex., les explications du Conseil d'Etat du 3.2.2016 relatives à la réforme de l'imposition des entreprises (adoptant un même régime pour les activités internationales et les activités sur le marché intérieur), soumise au corps électoral du canton de Vaud (acceptée par 87,12% des votants le 20.3.2016). Sur le plan fédéral, la réforme est, au printemps 2016, en discussion au parlement.

²⁶ Cette activité très mobile, nommée le « commerce de transit », contribue pour environ 7 milliards par trimestre à la balance des paiements (cf. communiqué BNS du 23.9.2015, n. 6 *supra*).

Un régime favorable (exonération partielle du bénéfice pendant 5 ou 10 ans) est maintenu pour les entreprises créant un nombre important de nouveaux emplois²⁷.

En ce qui concerne le caractère *dissuasif* de régimes d'imposition (visant à décourager ou orienter les opérations d'investissements), on peut relever que les opérations immobilières sont très lourdement imposées (pour les investisseurs tant suisses qu'étrangers : droits de mutation, impôt sur la fortune foncière, impôts sur les gains immobiliers ou sur le bénéfice). Cela ne résulte pas forcément de la volonté d'imposer lourdement ces opérations, mais du fait qu'il n'existe aucune raison d'alléger l'imposition de ces opérations, de sorte qu'aucune réforme n'est faite qui irait spécifiquement dans ce sens. En effet, l'exiguïté du territoire (c'est-à-dire surtout le caractère non-constructible de la majeure partie des Alpes, qui constituent 60% du territoire) induit une demande très forte tendant à faire augmenter les prix²⁸. Or, il y a consensus pour reconnaître que les prix du logement sont très ou trop élevés pour la population.

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

De façon générale, les subventions sont rares et faibles en Suisse (hors de l'agriculture²⁹, dont il est considéré qu'elle n'est pas compétitive internationalement de par le caractère incompressible de certains coûts en Suisse, ou d'activités non orientées vers le profit, comme la création culturelle ou la recherche scientifique, ou encore pour des opérations favorisant la protection de l'environnement ou les énergies renouvelables). Concrètement, il ne s'agit pas d'un instrument utilisé pour attirer les investissements étrangers. Au contraire, pour se démarquer d'Etats étrangers qui offrent des subventions, les collectivités publiques suisses insistent sur le caractère favorable des « conditions-cadre » (fiscalité modérée, droit du travail relativement libéral, infrastructures efficaces, présence d'institutions de recherche scientifique pour lesquelles la collaboration avec l'industrie est habituelle, etc.).

Juridiquement, les subventions à des entreprises à but économique sont en principe interdites en Suisse étant donné qu'elles faussent l'exercice de la liberté économique et la concurrence en favorisant les acteurs qui en bénéficient³⁰.

²⁷ Art. 5 LHID (« Les cantons peuvent prévoir, par voie législative, des allègements fiscaux en faveur des entreprises nouvellement créées qui servent les intérêts économiques du canton, pour l'année de fondation de l'entreprise et pour les neuf années suivantes »).

²⁸ Voir aussi *supra* ad n. 14.

²⁹ Cf. art. 104 al. 2 Cst (le soutien financier massif à la production agricole en Suisse s'est ancré au regard des grandes difficultés d'approvisionnement subies pendant la seconde guerre mondiale, cf. p.ex. Jean-Jacques LANGENDORF, *La Suisse dans les tempêtes du XX^{ème} siècle*, Genève 2001, p. 108 ss). Les limites aux subventions agricoles résultent ainsi plutôt des accords de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

³⁰ Cf. art. 27 et 94 al. 1 et 4 Cst (cité *supra* n. 15).

L'information circule selon laquelle des entreprises prometteuses qui avaient démarré en Suisse (notamment au sein de parcs scientifiques d'universités polytechniques) ont localisé dans d'autres pays européens la croissance du développement de leur activité en raison de subventions offertes par ces pays³¹.

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?

L'arbitrage offre objectivement une neutralité qu'aucun organe juridictionnel de l'Etat concerné ne peut offrir. Cela demeure vrai, de l'avis des soussignés, même dans les pays dits développés. Des prétentions importantes d'un investisseur envers l'Etat qui se trouve être économiquement l'employeur des membres d'un tribunal peuvent pâtir d'un biais malgré l'excellence professionnelle et la parfaite éthique desdits membres. Cet aspect permet, à soi seul, de considérer que le recours à l'arbitrage demeure légitime.

L'arbitrage offre également une capacité de traiter des litiges d'investissement avec une efficacité qu'il est difficile d'assurer par des tribunaux étatiques : les litiges d'investissements sont souvent d'un très grand volume, et la charge importante de travail des tribunaux étatiques peut soumettre le traitement d'un tel litige à des délais considérables. Par contraste, les arbitres qui se chargent d'un tel litige s'engagent à faire preuve de la disponibilité nécessaire pour le traiter dans des délais compatibles avec les nécessités de la vie des affaires.

Lorsqu'un litige d'investissement ne présente pas les caractéristiques qui rendent utile le recours à l'arbitrage (p.ex. s'il s'agit d'un litige dont le volume et la complexité factuels sont limités), l'investisseur est libre de saisir les tribunaux étatiques. Cette voie peut s'avérer sensiblement moins coûteuse. Dans la base de données d'Investment Treaty Arbitration Law (« itaLaw »), assez fournie depuis l'année 2001³², on ne trouve pas de procédures d'arbitrage conduites contre la Suisse (ce qui, outre le caractère vraisemblablement satisfaisant du droit

³¹ Propos tenus lors de l'Assemblée générale du Développement économique vaudois (DEV) le 18.4.2013 à propos d'une entreprise qui a poursuivi son développement en Flandre en raison des subventions accordées par cette région (environ cent fois plus importantes que celles accordées par le canton de Vaud).

³² Voir <http://www.italaw.com/>. Ce sont plus de 50 décisions finales ou d'incidents par an depuis 2000, plus de 100 par an dès 2006 et plus de 300 par an dès 2012 qui y sont accessibles.

interne suisse pour la protection des investisseurs étrangers, peut aussi corroborer notre observation *supra* concernant la Suisse comme pays exportateur d'investissements³³).

En revanche, l'important réseau d'accords bilatéraux de protection de l'investissement conclus par la Suisse donne régulièrement lieu à des procédures arbitrales d'investissement³⁴, dont des affaires très commentées, comme *SGS c. Philippines*³⁵ et *SGS c. Pakistan*³⁶. La « nationalité suisse » de l'investisseur est souvent considérée comme un atout de sureté pour le futur projet d'investissement (y compris sur le plan d'une éventuelle procédure arbitrale), donnant lieu à la pratique « d'investissement via la Suisse »³⁷. En tant que nation exportatrice de capitaux, la Suisse a traditionnellement affiché une préférence nette pour l'arbitrage international en matière d'investissement (par opposition à la création des tribunaux internationaux permanents), cela par souci de flexibilité et de pragmatisme³⁸. Cette tendance s'accompagne maintenant de la volonté politique de garantir la transparence dans l'arbitrage; cela est visible notamment dans le rôle actif de la Suisse dans la conception et la négociation du Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités³⁹. Il est désormais prévu que la Suisse appliquera le Règlement à tous les traités en cours de négociation⁴⁰.

On évoquera encore que, sous réserve d'exceptions dont les soussignés n'ont pas connaissance, tous les traités de protection des investissements conclus par la Suisse prévoient expressément que l'Etat hôte consent à ce que l'investisseur étranger puisse l'attirer dans une procédure d'arbitrage⁴¹.

³³ *Supra* ad n. 6 s.

³⁴ Pour un inventaire très complet des procédures en cours, v. Matthias SCHERER, *Inventory of Arbitration Proceedings Based on Swiss Bilateral Investment Treaties (BIT)*, Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage (Bulletin ASA) 2015 (volume 33/1), pp. 66-79.

³⁵ ICSID Case N° ARB/02/6.

³⁶ ICSID Case N° ARB/01/13.

³⁷ Simon GABRIEL, *Investment Planning via Switzerland*, Bulletin ASA 2013 (vol. 31/1), pp. 11-26.

³⁸ Kirstin DODGE / Simon VORBURGER / Gabrielle NATER-BASS, *Investment Protection – Swiss Style*, Kluwerarbitration Blog, 25.9.2014 (<http://kluwerarbitrationblog.com/2014/09/25/investment-protection-swiss-style>).

³⁹ http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html. La mise en œuvre de ce règlement est préconisée par la résolution de l'Assemblée générale (69/116) ayant adopté la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités le 10.12.2014.

⁴⁰ L'accord conclu le 3.6.2014 avec la Géorgie prévoit expressément, à son article 10 al. 3, que le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités s'appliquera aux arbitrages entrepris sur la base de cet accord.

⁴¹ La Convention pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats du 18 mars 1965 (« Convention de Washington », entrée en vigueur pour la Suisse en 1968), élaborée sous l'égide de la Banque mondiale, ne crée pas une clause compromissoire générale pour les différends entre Etats et investisseurs privés, car la situation ordinaire qu'elle envisage est celle où l'Etat doit spécifiquement accepter de se soumettre à l'arbitrage. L'art. 25 al. 1 dispose : « *La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un*

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?*

Il ne nous apparaît pas que l'arbitrage ait été remis en cause en tant que tel. Toutefois, le climat critique à son sujet nous semble avoir motivé une réforme quant aux délais dans lesquels la procédure peut être introduite.

Dans son récent Rapport (7.3.2016), le groupe de travail consacré aux Accords de protection des investissements évoque que le modèle d'accord employé dorénavant par la Suisse prévoira certaines dispositions différentes de la pratique suivie jusqu'alors. L'arbitrage en tant que tel n'est pas remis en cause et le groupe de travail estime qu'il est inutile de dupliquer les dispositions figurant dans les règlements d'arbitrage⁴².

Cela étant, la position arrêtée consiste à allonger la phase obligatoire de négociations préalables de 6 à 12 mois⁴³. Cette réforme semble motivée par l'idée que l'arbitrage est un pis-aller. Cette vue nous paraît ne pas tenir compte des situations où il n'existe aucune volonté de la part d'un Etat hôte défendeur de négocier sérieusement.

Par ailleurs, le groupe indique que le modèle d'accord prévoira un délai de forclusion dans les termes suivants : « *Une durée de 24 mois est fixée pour l'introduction d'une procédure d'arbitrage international après la demande écrite de consultations, sachant que cette durée peut être prolongée d'entente entre les parties au litige avant son échéance. Une fois ce délai écoulé, on considérera que l'investisseur a retiré sa demande de consultations et il ne pourra plus soumettre le même différend à l'arbitrage international. La fixation d'un délai pour introduire action vise à éviter qu'un Etat ne doive rester indéfiniment dans l'attente d'une potentielle procédure d'arbitrage* »⁴⁴.

Un tel délai n'existait pas dans la plupart des traités précédents⁴⁵. Les délais de prescription paraissaient en effet suffire à traiter équitablement la question de l'écoulement du temps. L'idée paraît avoir été mise en œuvre dans les traités avec la Tunisie (2012)⁴⁶ et la Géorgie

autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre ». Un consentement général est précisément prévu dans les traités de protection des investissements conclus par la Suisse.

⁴² Rapport 7.3.2016 (n. 3 supra), p. 8, ch. 3.3 pr. : « *De manière générale, la Suisse considère qu'il n'y a pas lieu de dupliquer les dispositions prévues dans les règlements d'arbitrage des différents forums arbitraux (CIRDI, CNUDCI, etc.) pour ce qui est du mécanisme de règlement des différends prévu dans les API et qu'un renvoi auxdits règlements suffit* ».

⁴³ Rapport 7.3.2016 (n. 3 supra), p. 8, ch. 3.3.1 (« *La durée de la phase de consultations est augmentée de 6 à 12 mois afin de laisser plus de temps aux parties au litige pour entreprendre le règlement amiable de celui-ci* »).

⁴⁴ Rapport du 7.3.2016 (n. 3 supra), p. 8, ch. 3.3.2.

⁴⁵ Cf. p.ex. le traité du 3.3.1988 avec la Turquie (art. 8) et du 3.3.2000 avec le Liban (art. 8).

⁴⁶ Art. 11 al. 6 : « *Un investisseur ne pourra soumettre un différend pour règlement conformément au présent article si plus de cinq ans se sont écoulés depuis le jour où il a eu ou aurait dû avoir connaissance des faits à l'origine du différend* ».

(2014)⁴⁷, qui prévoient un délai de forclusion de 5 ans à compter du moment où l'investisseur aurait pu avoir connaissance de la violation. L'idée selon laquelle, à défaut d'un tel délai de forclusion, l'Etat défendeur devrait « *indéfiniment rester dans l'attente d'une potentielle procédure d'arbitrage* » et que cela serait intolérable n'est pas très convaincante. Les délais de prescriptions paraissent largement suffire à protéger tout sujet de droit contre des prétentions tardives.

Quoi qu'il en soit de ces points, la solution alternative à l'arbitrage ne peut être, pour des litiges, que le recours aux juridictions étatiques de l'Etat défendeur. Celles-ci seront saisies de préférence à la procédure arbitrale lorsqu'elles sont perçues comme plus efficaces (notamment : moins coûteuses) tout en étant aussi fiables et capables de trancher le litige dans un délai réellement raisonnable.

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

2.1 Mise en contexte

Certains Etats choisissent une approche défensive instituant des mécanismes de contrôle des investissements étrangers stricts. D'autres tentent de mettre à l'abri des secteurs industriels jugés stratégiques des offres d'achat étrangères non sollicitées alors que certains États adoptent une attitude beaucoup plus ouverte vis-à-vis des fonds souverains. D'autres misent davantage sur les discussions bilatérales tout en mettant en avant l'argument de sécurité nationale. 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*

⁴⁷ Art. 10 al. 5 : « *Aucun différend relatif à un investissement ne pourra être soumis à l'arbitrage international selon l'al. (2), let. (a) ou (b), du présent article si plus de cinq ans se sont écoulés depuis la date à laquelle l'investisseur a eu ou aurait dû avoir connaissance de la violation alléguée et de la perte ou du dommage que cette dernière aurait causé* ».

dans ce débat et quelles peuvent être les grandes orientations de sa législation relative aux fonds souverains?

2.2.1.1 Il n'y a pas véritablement de débat en Suisse sur les fonds souverains étrangers⁴⁸. Leur éventuelle intervention comme investisseur dans les entreprises suisses (comme à l'occasion de l'importante entrée dans le capital de la banque Credit Suisse en 2008⁴⁹) n'est pas perçue de façon très différente que celle d'investisseurs privés étrangers.

En 2007, lorsqu'a été perçue une sensible montée en puissance des investissements par des Etats ou fonds souverains, le Département fédéral des affaires étrangères a, par sa Direction du droit international public, rendu un avis de droit pour clarifier la question de la qualité d'investisseur au sens des accords de protection des investissements, tout comme celles de l'immunité de juridiction et d'exécution⁵⁰. Ses conclusions sont en accord avec la pratique jurisprudentielle suivie de longue date quant aux investissements qu'un Etat fait en dehors de l'exercice de la puissance publique (« *de jure gestionis* », par opposition à « *de jure imperii* »)⁵¹. L'avis de droit conclut, ainsi, que « *rien ne s'oppose en principe à ce que la qualité d'investisseur soit octroyée à un Etat signataire d'un accord de promotion et de protection des investissements* »⁵². Cela couvre notamment le cas où il agit par l'intermédiaire d'une entité

⁴⁸ Sur le plan juridique, la doctrine récente est peu abondante, bien que l'on puisse notamment signaler une thèse de doctorat (Shi GUANGLON, *Sovereign Wealth Funds*, Zurich 2013) et deux articles d'Anne-Catherine HAHN qui y sont spécifiquement consacrés : *State Immunity and Veil Piercing in the Age of Sovereign Wealth Funds*, Revue suisse de droit des affaires RSDA 2012 p. 103-118, et *Dealing with Sovereigns: Immunity Risks and Planning Tools*, Revue suisse de droit international et européen RSDIE 2013 p. 225-241. On trouve quelques contributions sur des questions techniques de détail (p.ex. Bernhard SCHOPPER, Fonds souverains et droit de timbre de négociation, L'Expert-comptable suisse [ECS] 2010 p. 217-220), mais pour le reste, les fonds souverains sont surtout évoqués parmi d'autres types d'investisseurs, sans susciter une attention spécifique très considérable (voir p.ex. Myriam SENN, *The Regulation of hedge funds, private equity and sovereign wealth funds*, in Rapports suisses présentés au XVIII^e Congrès international de droit comparé, éd. Heckendorn Urscheler/Annelot, Genève, 2010, p. 135-158; Peter NOBEL, *Internationales und Transnationales Aktienrecht*, 2^e éd., Berne 2012, N 70 *in fine*; Carlo LOMBARDINI, *La protection de l'investisseur sur le marché financier*, Zurich 2012, p. 111, n. 34).

⁴⁹ Le fonds souverain qatari (Qatar Holding Ltd) a acquis près de 10% du capital-actions en octobre 2008 (cf. communiqué du Credit Suisse à la bourse suisse du 24.10.2008). Suite aux augmentations de capital ultérieures, cette part est passée à 5%, tandis que le fonds souverain norvégien (Norges Bank – the Central Bank of Norway) aurait pour sa part franchi à la hausse le seuil de 5% en février 2016 (communiqué de la bourse suisse SIX du 12.2.2016).

⁵⁰ Avis de droit du 20.11.2007, publié in : Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (JAAC) 2008 p. 183-188 (sous le titre *Accords de promotion et protection des investissements. Qualité d'investisseur octroyée à un Etat et traitement à donner à ses investissements*).

⁵¹ Voir p.ex. les arrêts du Tribunal fédéral ATF 124 (1998) III 382 c. 4 (Paraguay); 120 II 400 c. 4 (405-407 ; République arabe unie – Egypte); 111 Ia 62 c. 7 (Libye) ; 110 (1984) II 255 c. 3 (258 ss ; Inde) ; 86 (1960) I 23 c. 2 et 3 (République arabe unie – Egypte) ; 82 (1956) I 75 (Grèce) ; 56 (1930) I 237 (Grèce); cf. aussi Repubblica italiana 17.5.1955 (p. 5-8). Cette jurisprudence, qui n'a pas varié, remonte à 1918 au moins (ATF 44 [1918] I 49 [Autriche]).

⁵² Op. cit., p. 188.

juridique séparée comme un fonds « souverain »⁵³. Même avec quelques cautèles formelles, l'avis de droit de 2007 conclut sans ambiguïté que l'activité d'investissement ne doit pas donner lieu à une immunité de juridiction (en effet, il s'agit clairement d'actes accomplis *de jure gestionis*). Les investissements ne bénéficient pas non plus d'une immunité d'exécution (sous réserve des hypothèses éventuelles où l'Etat investisseur aurait affecté des biens – initialement acquis à titre de placement – à un but de puissance publique, comme une représentation diplomatique⁵⁴).

2.2.1.2 Le débat qui est actuellement intense est celui qui consiste à déterminer si la Suisse doit utiliser les réserves de change de la Banque nationale pour constituer son propre fonds souverain. En effet, afin de freiner la hausse du franc dès 2009⁵⁵, la Banque nationale suisse a émis une quantité considérable de francs suisses pour les vendre et acquérir des devises dont le cours chutait (essentiellement des euros, ensuite convertis partiellement dans des dollars américains ou d'autres devises⁵⁶). Les réserves de change ont ainsi passé d'environ 50 milliards de francs (ou d'euros) au début 2008 à près de 650 milliards au début 2016⁵⁷. Ces actifs sont essentiellement investis en titres très liquides (obligations d'Etat allemandes ou françaises⁵⁸) et peu rémunérateurs. Plusieurs politiciens préconisent ainsi la constitution d'un fonds souverain suisse pour investir de façon plus rémunératrice, voire pour accroître l'influence internationale du pays. La Banque nationale suisse est hostile à cette conception qui entraverait la marge de manœuvre de la politique monétaire (laquelle pourrait devoir consister, le cas échéant, à réduire ces réserves de changes); l'opinion majoritaire paraît suivre la position de la Banque nationale.

⁵³ Op. cit., p. 184 *in initio* et 187 *in initio*.

⁵⁴ Op. cit., p. 188 (« un Etat pourrait, par exemple, investir des fonds dans l'immobilier et affecter par la suite l'immeuble à l'usage de sa représentation diplomatique »).

⁵⁵ Le 16 octobre 2008, la Banque nationale suisse a également procédé à une importante émission de francs suisses destinées à acquérir une ligne de crédit de 60 milliards de dollars auprès de la banque centrale des Etats-Unis (*Federal Reserve*). L'absence des conséquences négatives potentiellement attendues selon les théories classiques économiques (inflation, perte de confiance dans la monnaie) a encouragé la Banque nationale suisse à lutter contre la hausse du franc suisse envers l'euro – indésirablement vigoureuse et rapide – par des ventes massives de francs (présupposant leur émission scripturale) dès le printemps 2009 (jusqu'à près de 100 milliards de francs émis au cours d'un mois au plus fort de la crise de l'euro).

⁵⁶ La répartition est, au 31.3.2016, d'environ 42% en euros, 33% en dollars des Etats-Unis, 7% en livres sterling, 7% en yens, 3% en dollars canadiens et 8% en autres devises.

⁵⁷ En dollars des Etats-Unis, les réserves de change se montaient au 31.3.2016 à environ 650 milliards (soit 622 milliards de francs, dont env. 40 milliards en or). Par comparaison, selon les données publiées en principe mensuellement par les Etats membres du Fonds monétaire international (selon les « Normes du FMI pour la diffusion des données »), des pays de même niveau de développement économique mais de taille incomparablement plus importante ont des réserves de change sensiblement moindres (France, 138 milliards; Allemagne, 193 milliards; Grande-Bretagne 159 milliards; Etats-Unis, 118 milliards; Espagne, 54 milliards). Même les pays ayant accumulé de grandes réserves de change en détiennent actuellement moins que la Banque nationale suisse (Arabie Saoudite, 592 milliards; Russie, 358 milliards), qui n'est dépassée sur ce plan que par celles du Japon (1248 milliards) et de la Chine (3200 milliards).

⁵⁸ En ce qui concerne les avoirs en euros (n. 56 *supra*).

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?*

Comme exposé⁵⁹, les fonds souverains sont considérés comme des investisseurs pouvant bénéficier des traités de protection des investissements, comme tout autre investisseur. Ils ne bénéficient pas d'immunités.

Les traités de double imposition mentionnent parfois expressément le fonds souverain de l'Etat qui contracte avec la Suisse (en principe pour assurer que la Suisse ne prélèvera aucun impôt à la source sur les dividendes)⁶⁰.

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?*

Le positionnement consiste à les traiter comme d'autres investisseurs⁶¹. En l'état actuel des choses, ce positionnement ne paraît pas avoir donné lieu à des difficultés.

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?*

⁵⁹ *Supra* ad n. 50-53.

⁶⁰ Cf. p.ex. la Convention avec le Qatar du 24.9.2009, art. 10 al. 3 : « [...] *les dividendes payés par une société qui est un résident d'un Etat contractant ne sont imposables que dans l'autre Etat contractant si le bénéficiaire effectif des dividendes est cet autre Etat, une de ses subdivisions politiques ou autorités locales ou sa Banque Centrale, un fonds de pension, une Autorité d'Investissement ou toute autre institution ou fonds reconnus comme faisant partie intégrante de cet Etat, subdivision politique ou autorité locale, comme convenu par accord amiable entre les autorités compétentes des Etats contractants* »; Convention avec la Chine du 25.9.2013, art. 10 al. 3 : « [...] *l'Etat contractant dont la société qui paie les dividendes est un résident exempté de l'impôt les dividendes payés par cette société, si le bénéficiaire effectif des dividendes est l'autre Etat contractant lui-même, l'une de ses subdivisions politiques ou l'une de ses collectivités locales, ou encore une institution ou un fonds appartenant entièrement à cet autre Etat sur lesquels les autorités compétentes des Etats contractants se mettent d'accord ou s'il s'agit de la banque nationale* »; Convention du 24.2.2011 avec Singapour, art. 10 al. 3 : « [...] *les dividendes payés par une société qui est un résident d'un Etat contractant ne sont imposables que dans l'autre Etat contractant si le bénéficiaire de ces dividendes est: (a) en ce qui concerne Singapour: (i) l'Autorité monétaire de Singapour; et (ii) le «Government of Singapore Investment Corporation Pte Ltd»; (b) en ce qui concerne la Suisse: la Banque nationale suisse* » (voir aussi art. 11 al. 3 pour les intérêts).

⁶¹ *Supra* ad n. 50-53.

La nécessité d'un régime particulier pour les fonds souverain ne s'est pas encore fait ressentir en Suisse.

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?

La possibilité pour un fonds souverain investissant en Suisse d'attirer la Suisse (comme Etat hôte) devant un tribunal arbitral, comme peut le faire tout investisseur ressortissant de l'un des Etat avec lesquels la Suisse a conclu l'un des 120 traités de protection des investissements, semble tout à fait légitime. Les réformes récentes sur le plan de l'accroissement de la transparence⁶² renforcent encore cette légitimité.

Cela étant, on peut observer que, selon la perception des soussignés, les investisseurs étrangers en Suisse recourent en principe plutôt aux procédures ordinaires des juridictions suisses⁶³.

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?

Dans la mesure où les fonds souverains sont traités comme d'autres investisseurs⁶⁴, il ne nous semble pas que de tels défis se posent.

⁶² Voir *supra* ad n. 39 s.

⁶³ Voir *supra* ad n. 32.

⁶⁴ *Supra* ad ad n. 50-53.