

La politique d'investissement de la Suisse:

Protéger les intérêts des investisseurs – même au détriment des pays du Sud

La Suisse est championne des investissements directs à l'étranger. Mais ses accords de promotion et protection des investissements (APPI) protègent presque exclusivement les droits des investisseurs, au détriment de ceux des pays d'accueil. De plus en plus d'Etats sont en train de revoir ces accords, mais Berne n'est pas pressée de les rééquilibrer pour favoriser le développement des pays du Sud.

Les investissements directs à l'étranger (IDE) sont les opérations menées par les entreprises en-dehors de leur pays d'origine. La Banque nationale suisse fait une distinction entre les investissements directs et les investissements de portefeuille. Les accords de promotion et protection des investissements (APPI) de la Suisse protègent les premiers (pas les seconds) dans la phase de post-établissement. L'accès au marché des investissements est réglé dans l'accord de libre-échange avec le pays concerné, lorsqu'il existe.

Les IDE ne font pas l'unanimité. Nombre d'ONG et d'universitaires mettent en question leur contribution automatique au développement. Malgré l'engouement des pays industrialisés – et pendant longtemps aussi de beaucoup de pays en développement – plusieurs pays du Sud ont bien compris leur ambivalence. Certains ont commencé à revoir leurs APPI et à adopter des politiques qui régulent et dirigent les flux de capitaux vers certains secteurs. L'Union européenne elle-même est en train de réviser sa politique d'investissement, car elle a désormais la compétence de négocier les traités d'investissement qui relevaient auparavant des Etats membres. C'est pourquoi le Parlement européen a formulé des propositions intéressantes pour rendre cette politique plus favorable aux pays du Sud.

En Suisse, en revanche, rien ne bouge ou presque du côté du gouvernement. En charge de ces questions, le Secrétariat d'Etat à l'économie (Seco) reste largement fidèle au modèle d'APPI hérité de l'époque postcoloniale. Caractérisé par un déséquilibre important entre les droits et intérêts des investisseurs et ceux des Etats-hôtes, les traités d'investissement conclus par la Suisse sont nettement favorables aux premiers. Parti socialiste excepté, le débat politique sur les IDE reste faible. La Suisse est en cela très en retard par rapport à l'Union européenne.

1. ETAT DES LIEUX : La Suisse exporte et importe plus de capital du Sud que du Nord

Les IDE sont, avec les libéralisations commerciales, l'un des traits marquants de la globalisation. Bien qu'ils ne soient aucunement un phénomène nouveau, ils ont crû de façon exponentielle au cours des vingt dernières années. L'un des faits les plus saillants est l'augmentation des investissements vers les pays en développement. Alors qu'en 1990 ils ne représentaient qu'un cinquième du total, ils étaient déjà 35 pour cent en 2004 pour atteindre 45 pour cent en 2011. Plus récemment, on a assisté à l'émergence d'un autre phénomène,

destiné à prendre de l'ampleur: non seulement l'accroissement des IDE des pays du Sud vers les pays du Sud, mais aussi l'augmentation du nombre d'investisseurs du Sud dans les pays industrialisés, dont la Suisse¹.

La Suisse est le septième pays exportateur de capital au monde. Par habitant, il affiche même le deuxième taux d'IDE le plus élevé après Hong Kong. Elle a conclu 130 APPI, la plupart avec des pays en développement et émergents. En 2011 elle a exporté et importé plus de capital du Sud que du Nord.

En 2011, pour la première fois, les **stocks d'IDE suisses à l'étranger** ont atteint la barre des 1'000 milliards de CHF². Ceci marque une petite augmentation par rapport à l'année précédente – 970 milliards de CHF. La même année, les **exportations de capitaux** en vue d'investissements directs suisses à l'étranger ont diminué, passant de 83 milliards de francs en 2010 à 42 milliards en 2011 (30 milliards en 2009). Jusqu'en 2010, la plupart des IDE suisses allaient vers les pays industrialisés ou émergents. En 2011, pour la première fois, la plupart des capitaux suisses sont allés vers l'Asie. Cette année-là, les entreprises suisses employaient 3 millions de personnes à l'étranger (2,664 en 2010)

En 2011, les **stocks d'IDE étrangers en Suisse** ont progressé de 26 milliards pour s'inscrire à 607 milliards de CHF. Quant aux investissements étrangers en Suisse (**importations de capitaux**), en 2011 ils se sont établis à 10 milliards de CHF, contre 34 milliards en 2010. Fin 2011, les entreprises étrangères employaient 431 000 personnes en Suisse.

2. LES ACCORDS DE PROMOTION ET PROTECTION DES INVESTISSEMENTS (APPI)

Les APPI sont des traités bilatéraux ou multilatéraux visant à protéger les investissements des entreprises d'un Etat dans le territoire d'un autre. Ils comprennent les APPI bilatéraux, les accords multilatéraux et les chapitres sur les investissements dans les accords de libre-échange. Il en existe à ce jour plus de 6'100 – dont 2'750 bilatéraux – et leur nombre croît à une vitesse vertigineuse depuis dix ans. Le rôle des APPI dans l'attrait des IDE reste cependant marginal. Par ailleurs, ils contiennent plusieurs clauses problématiques du point de vue du développement.

La principale caractéristique des APPI est qu'ils permettent aux investisseurs de porter plainte contre l'Etat-hôte. L'inverse cependant n'est pas possible. C'est un cas unique en droit international. Or, ces traités sont rédigés de façon si vague qu'ils rendent les droits et les obligations des uns et des autres presque imprévisibles. Les investisseurs n'hésitent pas à porter plainte contre l'Etat-hôte lorsque celui-ci adopte des règles qui risquent de réduire leurs profits. Cela, même si ces règles sont légitimes du point de vue de l'intérêt public, comme de nouvelles dispositions anti-tabac, la prohibition de certains pesticides, des dispositions concernant la gestion de l'eau, etc.

Un autre problème du mécanisme de règlement des différends est qu'il repose sur l'arbitrage. Les deux parties désignent trois arbitres qui vont statuer sur le différend et condamner le coupable au paiement de dédommagements, habituellement de plusieurs dizaines de millions de dollars – voire des centaines. Même s'ils obtiennent gain de cause,

¹ Summit Level Group of Developing Countries, Group of 15. A survey of foreign direct investment in G15 countries, February 2010, <http://www.g15.org/workingpaper7.pdf>

² Banque nationale suisse, investissements directs en 2011, <http://www.snb.ch/ext/stats/fdi/pdf/fr/Direktinvestitionen.book.pdf>

les Etats doivent payer les frais d'arbitrage et d'avocats, qui peuvent facilement atteindre 5 à 10 millions de francs. Les investisseurs, évidemment, doivent les payer aussi.

La plupart des plaintes visent les pays en développement, mais celles contre les pays industrialisés sont en augmentation. Si la Suisse a jusqu'ici été épargnée, 62 plaintes connues ont été déposées contre des Etats membres de l'Union européenne (UE).

3. PROPOSITIONS POUR LA SUISSE

3.1. Inscrire les droits humains dans le préambule de l'accord

Le modèle suisse d'APPI est très orienté vers la nécessité de protéger l'investissement et de lui créer des conditions favorables. Certes, le préambule des APPI les plus récents énonce la nécessité de promouvoir le développement durable, mais il faudrait que les buts qu'il énumère soient plus larges et incluent aussi des aspects de droits humains. En effet, dans plusieurs différends, les arbitres se sont basés sur les dispositions du préambule et celles-ci ne visaient que la protection des investissements. Afin que le modèle suisse d'APPI protège les intérêts des deux parties contractantes, il devrait aborder dès le préambule les obligations des investisseurs ainsi que les droits de l'Etat d'accueil.

3.2. Préciser la définition et limiter la portée

L'article concernant la définition des investissements dans le modèle suisse d'APPI était imprécis et il a ouvert la porte aux abus. Il est important que la définition de l'investissement couvre les capitaux qui sont physiquement présents et actifs dans l'Etat d'accueil et qu'elle exclue ceux qui visent la vente de produits et de services provenant d'un autre. Suite au jugement rendu dans l'affaire *Romak versus Ouzbekistan* (2009), la Suisse précise la définition de l'investissement pour exclure les pures transactions commerciales. Mais la définition de l'investissement devrait limiter celui-ci aux activités qui contribuent au développement durable du pays d'accueil, selon des critères convenus entre les deux parties (par ex. l'investissement de capital à long terme, la création d'emplois, etc).

3.3. Ne pas accorder plus de droits aux investisseurs étrangers qu'aux nationaux

La clause du « traitement national » dans le modèle d'APPI suisse prévoit un traitement aussi favorable pour les entreprises helvétiques que pour les entreprises locales. Certes, la Suisse n'empêche pas les Etats d'accueil de privilégier certains secteurs économiques, pour autant que cela soit spécifié dans les annexes à la partie des accords de libre-échange concernant les investissements, qui règlent l'accès au marché. Cependant, d'une part, la Suisse n'a pas conclu d'accords de libre-échange avec un grand nombre de pays avec lesquels elle a des APPI. D'autre part, dans la mesure où ces restrictions n'ont pas été prévues, précisées ou ne sont pas évolutives, cette clause du traitement national peut empêcher l'Etat d'accueil de privilégier les investisseurs nationaux, par exemple en matière de politiques publiques (subventions, marchés publics), dans des secteurs où il veut favoriser les entreprises nationales, ou encore pour promouvoir les petites et moyennes entreprises, les minorités, les populations rurales, les communautés marginalisées et les autochtones. La CNUCED préconise d'insérer cette clause même dans les traités qui

protègent la phase post-établissement des investissements, à savoir les APPI dans le cas de la Suisse.

Concernant le « traitement juste et équitable », le modèle suisse devrait s'inspirer des modèles d'accord des Etats-Unis et du Canada. Le modèle canadien présuppose que le traitement juste et équitable accordé aux investissements ne devrait pas outrepasser les principes généraux du droit international coutumier sur le standard minimum de traitement des étrangers. Tel n'est pas le cas de l'APPI suisse, qui reste très vague.

3.4. Exclure les mesures de politique publique des expropriations

Dans le domaine de l'expropriation, le modèle suisse d'APPI axe ses préoccupations exclusivement sur les indemnisations en cas d'expropriation et limite cette dernière aux mesures d'intérêt public, sans les spécifier et en prévoyant une indemnisation « prompte, effective et adéquate ». Pourtant, un nombre croissant d'APPI excluent explicitement du champ de l'expropriation les mesures de politique publique ou les mesures pour protéger l'environnement et la santé publique (expropriation indirecte), pour lesquelles aucune indemnisation ne pourrait être demandée.

3.5. Passer d'abord devant les tribunaux nationaux pour régler les différends

Pour régler les différends, le modèle d'APPI suisse le plus récent (Egypte, Tunisie) prévoit de passer d'abord par une médiation pour essayer de trouver une solution à l'amiable. Si aucune entente n'a pu être trouvée après six mois, l'investisseur peut choisir entre porter le différend devant les tribunaux nationaux ou devant un tribunal international. Mais étant donné que trop de différends sont réglés par des tribunaux arbitraux et vue la tendance de certains Etats – notamment latino-américains – à recourir en priorité aux tribunaux domestiques, il serait judicieux que la Suisse oblige les parties à passer d'abord devant les tribunaux internes. Par ailleurs, plusieurs éléments devraient être prévus pour améliorer le règlement des différends et les mécanismes d'arbitrage :

- suspendre les droits des investisseurs, lorsque ceux-ci ne respectent pas leurs obligations, à commencer par celle de lutter contre la corruption;
- donner un caractère public aux audiences des tribunaux arbitraux ou d'appel;
- limiter le champ des violations de l'accord;
- permettre la participation d'*amici curiae*, notamment d'ONG; on entend par là toute personne juridique qu'un tribunal peut entendre sans formalités, dans le but de rechercher des éléments propres à faciliter son information;
- introduire un processus d'appel dans le système d'arbitrage;
- garantir l'indépendance des arbitres et pallier les nombreux conflits d'intérêt qui caractérisent le système arbitral actuel. Ainsi, un arbitre membre d'un tribunal arbitral ne devrait pas pouvoir participer à d'autres affaires en qualité d'avocat;
- mettre en place un centre d'assistance juridique. L'objectif serait notamment d'aider les parties – les pays en développement – à répondre aux plaintes des investisseurs ou à entamer les procédures permises à l'encontre des investisseurs;
- permettre aux Etats aussi de porter plainte contre les multinationales.

3.6. Clarifier les obligations des investisseurs

Il faudrait imposer aux investisseurs des obligations en complétant les APPI suisses par différents articles couvrant les aspects suivants :

- le principe de précaution, tel qu'il figure dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement et le principe de diligence raisonnable en matière de droits humains (John Ruggie) ;
- la gouvernance d'entreprise et la transparence ;
- la responsabilité des investisseurs pour des préjudices ou accidents causés dans l'Etat d'accueil, comme la catastrophe de Bhopal de 1984.

3.7. Accorder des droits à l'Etat d'accueil

Les APPI suisses ne contiennent pas d'articles sur les droits et obligations des Etats d'accueil. Il conviendrait donc d'introduire plusieurs articles couvrant notamment les aspects suivants :

- le droit des Etats d'accueil de poursuivre leurs propres objectifs et priorités en matière de développement ;
- l'inclusion de l'accord dans le droit national, afin d'en rendre les dispositions exécutoires devant les tribunaux nationaux ;
- la possibilité pour l'Etat d'accueil d'imposer des exigences de performance, afin de promouvoir les avantages nationaux des investissements en termes de développement ;
- la protection des intérêts publics.

3.8. Imposer des droits et obligations à l'Etat d'origine

Le modèle d'APPI suisse ne prévoit pas d'obligations pour l'Etat d'origine. Là aussi, plusieurs articles devraient être introduits couvrant les aspects suivants :

- la sanction des violations commises par les investisseurs ;
- la réaffirmation des obligations contractées par les parties en vertu des accords internationaux auxquels elles sont parties dans les domaines de l'environnement et des droits humains ;
- l'établissement d'une conférence des parties ;
- l'instauration d'un comité d'assistance technique de la conférence des parties, comprenant aussi des experts et des ONG ;
- l'établissement d'un mécanisme financier visant à soutenir le renforcement des capacités et le développement institutionnel dans les pays-hôtes en développement ou les pays les moins avancés.

Isolda Agazzi, janvier 2013

Contact : isolda.agazzi@alliancesud.ch