

11.2.3

Message

concernant les accords de promotion et de protection réciproque des investissements avec le Lesotho, la Chine et le Tadjikistan

du 13 janvier 2010

11.2.3.1

Considérations générales concernant les accords

Contexte

Depuis la fin de 2008, la Suisse a signé, sous réserve de ratification, deux nouveaux accord bilatéraux de promotion et de protection réciproque des investissements (APPI), avec la Chine, le 27 janvier 2009, et le Tadjikistan, le 11 juin 2009. La signature de l'APPI avec le Lesotho date du 16 juin 2004.

Les APPI ont pour but d'assurer aux investissements effectués dans les pays partenaires par des personnes physiques et des entreprises suisses, comme à ceux effectués en Suisse par des investisseurs du pays partenaire, une protection contractuelle contre les risques non commerciaux. Sont notamment visées les discriminations étatiques par rapport aux investisseurs nationaux, les expropriations illicites ou les restrictions aux transferts des revenus et autres montants afférents à l'investissement. Des procédures de règlement des différends permettent, si nécessaire, de recourir à l'arbitrage international pour assurer l'application des normes contractuelles. En concluant des APPI, les parties peuvent améliorer les conditions-cadres de leur site économique et donc l'attrait de celui-ci pour les investissements internationaux.

Pour la Suisse, l'investissement international joue depuis longtemps un rôle de premier plan. Le stock d'investissements directs suisses à l'étranger (env. 800 milliards de francs à la fin de 2008) et le nombre de places de travail offertes hors de Suisse par les entreprises suisses (env. 2.5 millions) affichent, en comparaison internationale, un niveau exceptionnel. Quant aux investissements directs étrangers en Suisse, ils avoisinaient, la même année, environ 470 milliards de francs et offraient du travail à plus de 390 000 personnes.

La mondialisation de l'économie montre que l'investissement international est un facteur déterminant de croissance et de développement pour la plupart des économies nationales. Pourtant, il n'existe toujours pas d'ordre universel dans ce domaine, comparable à l'OMC pour le commerce international. Tendante à combler cette lacune, les APPI constituent, à l'égard des pays non membres de l'OCDE, un instrument indispensable de la politique économique extérieure suisse. Le fait que l'initiative de négociation de tels accords vienne aujourd'hui souvent des pays en développement ou en transition eux-mêmes illustre l'intérêt réciproque de cette démarche.

De 1961 à nos jours, la Suisse a conclu 126 APPI, dont 110 sont en vigueur. Depuis 2004, les APPI sont soumis à l'approbation du Parlement, en règle générale avec le rapport annuel sur la politique économique extérieure.¹

¹ Message du Conseil fédéral du 22 septembre 2006, ch. 1.3 (FF 2006 8031)

Situation économique des trois pays et relations d'investissement avec la Suisse

Lesotho

Ancien protectorat britannique et indépendant depuis 1966, le Royaume du Lesotho est l'un des pays les plus pauvres de l'Afrique australe. L'aide internationale (60 % du budget) et les rentrées de devises des travailleurs lesothans (près de 25 % du PIB, env. un actif sur trois) des mines sud-africaines représentent ses premières sources de revenus. Le Lesotho exporte principalement des textiles et des chaussures; ces dernières années, plus de 65 % de ses exportations sont allées libres de droits de douane vers les Etats-Unis grâce à sa participation à un accord préférentiel. Les projets de diversification de l'économie demeurent embryonnaires et l'agriculture ne peut toujours pas nourrir la population, qui reste dépendante du Programme alimentaire mondial (ONU). Le seul investissement étranger d'importance est le «Lesotho Highlands Water Development», l'un des programmes hydrauliques les plus ambitieux du monde. Les flux d'investissement avec la Suisse sont quasi nuls.

Le nouvel APPI avec le Lesotho viendra compléter substantiellement les dispositions sur l'investissement de l'Accord de libre-échange entre les Etats de l'AELE et les Etats de la SACU, à laquelle le Lesotho appartient².

Chine

Engagée dans la poursuite graduelle des réformes structurelles, notamment exigées par son *entrée* à l'OMC en 2001, et accomplissant une profonde mutation de son paysage économique cette dernière décennie, la Chine est à présent en grande partie intégrée à la mondialisation économique. Enregistrant une croissance économique d'une ampleur et d'une durée remarquables – 10 % par an depuis près de vingt ans –, elle se place aujourd'hui au centre des intérêts économiques mondiaux. L'effort important d'ouverture et d'adaptation en matière économique, y compris le cadre légal correspondant à une économie de marché, se poursuit. Parmi les principaux défis, on mentionnera notamment les disparités régionales, la restructuration des entreprises d'Etat, la pollution massive et la pénurie énergétique chronique.

Les flux d'investissements directs étrangers ont propulsé la Chine aux premiers rangs des destinations mondiales: de 4 milliards de dollars en 1991, ces flux atteignaient 40 milliards au milieu des années quatre-vingt-dix, pour dépasser 80 milliards en 2007 avec l'ouverture du capital des banques aux investisseurs étrangers. Le stock actuel d'investissements directs étrangers en Chine est estimé à 350 milliards de dollars.

Depuis l'œuvre de pionnier de l'entreprise Schindler – la toute première coentreprise créée (1980) entre partenaires chinois et étrangers –, les entreprises suisses ont bien compris les enjeux du marché chinois. Elles assurent aujourd'hui une large présence en Chine: plus de 300 s'y sont établies, qui disposent de 700 succursales et emploient près de 120 000 personnes (fin 2008). Le stock d'investissements directs suisses en Chine approche aujourd'hui 7 milliards de francs, ce qui ferait de la Suisse le 26^e investisseur étranger dans ce pays. Quant aux investissements chinois en Suisse, qui se concentrent, pour le moment, sur des maisons de commerce (la Suisse est aussi perçue comme une plate-forme idéale pour accéder aux marchés européens) et des entreprises actives dans les secteurs des services (banque, cour-

² Accord de libre-échange du 7 août 2006 entre les Etats de l'AELE et les Etats de la SACU (Botswana, Lesotho, Namibie, Afrique du Sud et Swaziland); RS **0.632.311.181**.

tage) et de l'industrie (chaînes de production ou d'assemblage d'appareils électroménagers, de téléviseurs, d'ordinateurs), affichent un niveau encore assez modeste. On peut toutefois s'attendre à leur renforcement prochain.

Tadjikistan

Malgré son vaste potentiel économique (ressources naturelles) et sa stabilité politique, le Tadjikistan reste le pays le plus pauvre de la Communauté des Etats indépendants (CEI). Largement tributaire des donateurs internationaux, dont la Suisse, son développement est entravé par de lourds facteurs géographiques (pays à 93 % montagneux, la moitié du territoire étant à plus de 3000 m d'altitude) et démographiques (fertilité élevée, émigration saisonnière). L'économie du Tadjikistan est dominée par la production du coton et de l'aluminium, qui constituent 80 % des revenus d'exportation. Les progrès réalisés dans les secteurs industriels et les forts revenus des travailleurs émigrés (30 % du PIB en 2006) se sont reflétés par une croissance annuelle de 8,6 % entre 2003 et 2007. Les investissements suisses au Tadjikistan concernent, pour l'essentiel, la transformation du coton et l'industrie textile. Les investissements tadjiks en Suisse sont actuellement insignifiants.

Enfin, au sein des institutions financières internationales – le Fonds monétaire international, la Banque mondiale et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement –, le Tadjikistan appartient au groupe de vote conduit par la Suisse. Notre pays a donc un intérêt particulier à renforcer sa coopération avec ce partenaire.

Déroulement des négociations

Lesotho

L'accord avec le Lesotho a été négocié et paraphé en juillet 2003 à Genève, dans le cadre d'une plate-forme de négociations organisée par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) pour une série de pays. Si sa signature a déjà eu lieu le 16 juin 2004 à São Paulo, en marge de la CNUCED XI, ce n'est que récemment que le Lesotho a fait part de sa décision de ratifier cet APPI.

Chine

Les négociations en vue du nouvel APPI destiné à remplacer celui que la Suisse et la Chine avaient signé en 1986³ ont été lancées en décembre 2006, à l'occasion de la visite à Beijing du Secrétaire d'Etat à l'économie. La révision de l'accord de 1986 est une mesure prioritaire selon la stratégie relative aux pays du BRIC⁴. Après deux cycles de négociations, en mai et octobre 2007 à Beijing, l'accord a pu être paraphé. Sa signature a eu lieu à Berne le 27 janvier 2009, dans le cadre de la visite du Premier ministre de la République populaire de Chine.

Tadjikistan

Négoциé et paraphé en septembre 2003 à Dushanbe, cet APPI a été signé le 11 juin 2009, également à Dushanbe. Désireuses de ne plus attendre pour ajouter cet important instrument aux efforts déjà déployés, y compris avec le soutien de la Suisse, en vue de l'amélioration du climat d'investissement dans leur pays, les autorités

³ Accord du 12 novembre 1986 entre le Gouvernement de la Confédération suisse et le Gouvernement de la République populaire de Chine concernant la promotion et la protection réciproques des investissements (RS **0.975.224.9**).

⁴ Rapport sur la politique économique extérieure 2006 (FF **2007** 864).

tadjikes ont redoublé d'efforts ces derniers mois afin que l'APPI puissent entrer prochainement en vigueur.

11.2.3.2 Contenu des accords

Les accords concernant la promotion et la protection réciproque des investissements conclus ces quinze dernières années par la Suisse concordent dans une large mesure quant à leur contenu. Les textes conventionnels négociés avec ces trois Etats contiennent les principes fondamentaux défendus par notre pays dans ce domaine⁵. En outre, ils n'incluent pas de dispositions qui porteraient préjudice aux obligations internationales de la Suisse en matière sociale et environnementale, ou qui les remettraient en question. Les normes internationales retenues apporteront un surcroît de sécurité juridique aux investisseurs suisses déjà présents dans ces pays ou qui désirent y investir.

Préambule – Le préambule des accords énonce leur but. La conclusion d'accords de ce type va de pair avec la poursuite des autres objectifs assignés aux Etats pour le bien-être de leurs communautés respectives.

Définitions – L'art. 1 (trois APPI) contient les définitions des principaux termes utilisés, en particulier les notions d'investissement et de revenus, ainsi que celle d'investisseur, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une entité juridique. Le principe du contrôle de l'investissement par un investisseur de l'autre partie prend également place dans cette disposition (Lesotho: al. 1, let. c; Chine et Tadjikistan: al. 2, let. c).

Champ d'application – Selon cette disposition (art. 2 des trois APPI), les accords sont applicables aux investissements régulièrement effectués avant ou après leur entrée en vigueur, mais ne le sont pas aux différends nés d'événements antérieurs à celle-ci.

Encouragement, admission – L'art. 3, al. 1, des trois accords souligne, d'une part, la volonté de chacune des parties de promouvoir, dans la mesure du possible, les investissements des investisseurs de l'autre partie sur son territoire. D'autre part (al. 2), ils contiennent l'engagement des parties de délivrer les autorisations requises en relation avec un investissement, une fois celui-ci admis, conformément à leur législation. Cela concerne surtout les permis requis pour l'emploi du personnel choisi par l'investisseur. L'accord avec le Lesotho prévoit en plus que les parties, lorsqu'elles le désirent, se consultent sur les conditions-cadres de l'investissement (al. 3).

Protection et traitement général – L'art. 4 (Lesotho et Chine: al. 1; Tadjikistan: al. 1 et 2, 1^{re} phrase) octroie aux investissements et revenus des investisseurs de l'autre partie les standards du traitement juste et équitable, et d'une protection et d'une sécurité complètes et constantes.

Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée – L'assurance du traitement national et de celui de la nation la plus favorisée parfait, à l'art. 4, ce dispositif (Lesotho et Chine: al. 2 et 3; Tadjikistan: al. 2). Le second traitement ne s'étend toutefois pas aux privilèges consentis à un Etat tiers dans le cadre d'une zone de libre-échange, d'une union douanière ou d'un marché commun, ou en vertu d'un accord pour éviter la double imposition (Lesotho et Chine: al. 4; Tadjikistan: al. 3).

⁵ Message du Conseil fédéral du 22 septembre 2006, ch. 1.3 (FF 2006 8031).

Avec l'ancrage du traitement national, le présent APPI avec la Chine apporte une amélioration notable au texte de 1986, même si la Chine se ménage la possibilité de maintenir des mesures d'application générale faisant exception à un tel traitement, pour autant que celles-ci soient antérieures à l'entrée en vigueur du nouvel accord. La Chine s'efforcera de lever progressivement ces exceptions (protocole, ad art. 4, al. 2 et 3). Enfin, le Lesotho pourra, dans le cadre de sa politique de développement, réserver certains avantages à ses seules petites et micro-entreprises (al. 5).

Transfert des montants afférents à l'investissement – Aux termes de l'art. 5 (trois APPI) est garanti le libre transfert des montants afférents à l'investissement, c.-à-d. leur transfert, dans le territoire de l'autre partie et hors de celui-ci, sans retard et dans une monnaie librement convertible. La Chine a tenu à mentionner expressément dans ce contexte l'obligation de respecter les formalités encore imposées par sa législation (protocole, ad art. 5).

Expropriation, indemnisation – Des mesures de dépossession, directe ou indirecte, ne sont possibles que si les parties en respectent les conditions, strictes, telles que l'existence d'un intérêt public, la non-discrimination et le versement à l'investisseur d'une indemnité, qui se montera à la valeur marchande de l'investissement exproprié (art. 6).

Indemnisation des pertes – En cas de pertes provoquées par des conflits armés ou des troubles civils (art. 7 des trois APPI), l'investisseur ne pourra être discriminé: il se verra accorder un traitement conforme aux normes de l'art. 4 (Tadjikistan: art. 4, al. 2), dont le traitement national ou celui de la nation la plus favorisée, le plus favorable l'emportant.

Autres obligations – Toutes les autres obligations du pays hôte plus favorables aux investissements des investisseurs de l'autre partie que le traitement découlant des présents accords – que celles-ci découlent d'engagements spécifiques concernant un investissement (Lesotho: art. 11, al. 2; Chine et Tadjikistan: art. 8), de la législation nationale ou du droit international (Lesotho: art. 11, al. 1; Chine et Tadjikistan: art. 9) – seront respectées.

Subrogation – La subrogation dans les droits de l'investisseur (Lesotho: art. 8; Chine et Tadjikistan: art. 10) vise le cas du paiement effectué en vertu d'une garantie contre des risques non commerciaux octroyée à un investisseur d'une partie.

Règlement des différends entre une partie et un investisseur de l'autre partie – Selon ce volet du dispositif de règlement des litiges (Lesotho: art. 9; Chine et Tadjikistan: art. 11), l'investisseur et l'Etat hôte doivent s'efforcer, dans un premier temps, de régler celui-ci à l'amiable (al. 1). En cas d'insuccès, l'investisseur pourra s'en remettre aux juridictions compétentes du pays d'accueil ou se tourner vers l'arbitrage international; il aura alors le choix entre l'arbitrage international selon les règles du CIRDI⁶ (Tadjikistan: aussitôt que ce pays sera partie à la Convention instituant le CIRDI) et l'arbitrage ad hoc (al. 2). A cet égard, la Chine pourra exiger que l'investisseur épuise préalablement les voies de droit de nature administrative prévues par sa législation, cette procédure ne pouvant excéder trois mois (protocole, ad art. 11, al. 2, cf. let. a). Le nouvel APPI avec la Chine, il convient de le souligner, améliore ici considérablement le texte de 1986: alors que ce dernier n'autorise l'investisseur à choisir seul l'arbitrage international que pour les différends portant

⁶ Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (RS 0.975.2).

sur le montant de l'indemnité due en cas d'expropriation, le nouvel accord le lui permet pour tous les types de litiges liés à l'investissement (al. 3 et protocole, ad art. 11, al. 3).

Règlement des différends entre les parties – Ce second volet du dispositif (Lesotho: art. 10; Chine et Tadjikistan: art. 12) traite des différends entre les parties contractantes concernant l'interprétation ou l'application de l'accord. Deux étapes sont également prévues pour les litiges de cette nature: la conduite de consultations et, en l'absence de solution amiable, la soumission du différend à un tribunal arbitral.

Clauses finales – Les accords seront valables pour une durée initiale de dix ans (Lesotho: quinze ans), puis seront reconduits tacitement pour des périodes successives de deux (Chine: art. 13, al. 1) ou cinq (Tadjikistan: art. 14, al. 1) ans, ou indéfiniment (Lesotho: art. 13, al. 1), à moins qu'ils ne soient dénoncés avec un préavis de six mois (Lesotho: douze mois). En cas de dénonciation, leurs dispositions continueront de s'appliquer pendant une période supplémentaire de dix ans (Lesotho: quinze ans) aux investissements effectués avant leur expiration (al. 2 des articles précités). Enfin, le nouvel APPI avec la Chine remplacera l'accord signé en 1986 (art. 13, al. 3).

11.2.3.3 Conséquences économiques, financières et personnelles

Conséquences financières et personnelles pour la Confédération, les cantons et les communes

La conclusion des présents accords n'a pas de conséquences sur les finances et sur l'état du personnel de la Confédération, des cantons et des communes. Il n'est cependant pas exclu que la Suisse soit un jour impliquée – par une partie contractante ou par un investisseur étranger – dans une procédure de règlement des différends (cf. ch. 11.2.3.2: *Règlement des différends entre une partie et un investisseur de l'autre partie* et *Règlement des différends entre les parties*) ou appelée à intervenir dans le cadre d'une procédure formelle de règlement des différends afin d'assurer le respect de l'un des accords, ce qui pourrait, selon le cas, avoir certaines répercussions financières. Dans cette hypothèse, il appartiendrait au Conseil fédéral de régler la question de leur prise en charge et, le cas échéant, de demander un crédit spécifique au Parlement.⁷

Conséquences économiques

L'impact économique des accords de protection des investissements ne peut être estimé sur le modèle des évaluations conduites lors de la conclusion de conventions de double imposition ou d'accords de libre-échange, dans le cadre desquelles les prévisions de gains ont pour corollaire celles de pertes de recettes fiscales ou douanières.

⁷ Message du Conseil fédéral du 22 septembre 2006, note de bas de page 10 (FF 2006 8040).

L'importance économique des APPI réside dans le fait qu'ils fournissent une base de droit international public à nos relations d'investissement avec les pays partenaires, y renforçant alors considérablement la sécurité juridique de nos investisseurs et réduisant les risques de voir ceux-ci discriminés ou lésés d'une autre façon.

Déjà soulignée par la mondialisation, la pertinence économique de tels accords prend une dimension particulière pour la Suisse vu la taille réduite de son marché intérieur. Par le soutien apporté à nos entreprises – spécialement les PME – qui affrontent la concurrence internationale en investissant à l'étranger, les APPI renforcent également la place économique suisse.

11.2.3.4 Liens avec le programme de la législation

Les projets ne sont pas mentionnés dans le message du 23 janvier 2008 sur le programme de la législation 2007 à 2011⁸ ni dans l'arrêté fédéral du 18 septembre 2008 sur le programme de la législation 2007 à 2011⁹, mais ils sont conformes à la teneur de l'objectif 1 (Accroître la compétitivité sur le marché intérieur et améliorer les conditions générales).

11.2.3.5 Aspects juridiques

Constitutionnalité

Aux termes de l'art. 54, al. 1, de la Constitution (Cst.)¹⁰, les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération. La compétence de l'Assemblée fédérale d'approuver les traités internationaux découle de l'art. 166, al. 2, Cst.

Selon l'art. 141, al. 1, let. d, Cst., sont sujets au référendum en matière de traités internationaux les accords qui sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables (ch. 1), qui prévoient l'adhésion à une organisation internationale (ch. 2), qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales (ch. 3).

Les présents accords peuvent être dénoncés dès la fin de leur période initiale de validité, puis au terme de chaque période ultérieure (à tout moment quant au Lesotho), moyennant un préavis de six ou de douze mois (cf. ch. 11.2.3.2: *Clauses finales*). Ils n'impliquent pas d'adhésion à une organisation internationale.

Ces accords contiennent des dispositions fixant des règles de droit au sens de l'art. 22, al. 4, de la loi sur le Parlement¹¹. Pour ce qui est de leur importance, les Chambres fédérales ont clairement admis, lors des délibérations¹² sur le message du Conseil fédéral du 22 septembre 2006¹³, que les APPI dont le contenu est similaire à celui d'autres APPI conclus antérieurement et qui n'entraînent pas de nouveaux engagements importants échappent au référendum facultatif en matière de traités internationaux. Les accords en cause sont d'une portée économique, juridique et

8 FF 2008 639

9 FF 2008 7745

10 RS 101

11 RS 171.10

12 BO 2006 E 1169; BO 2007 N 837

13 FF 2006 8023

politique n'allant pas au-delà de celle des APPI déjà conclus ces quinze dernières années par la Suisse. Ils n'entraînent pas de nouveaux engagements importants pour la Suisse. Comme c'est le cas des APPI déjà conclus par la Suisse, la mise en œuvre des présents accords n'exige pas l'adoption de lois fédérales.

Pour ces motifs, le Conseil fédéral propose que les arrêtés fédéraux d'approbation relatifs à ces accords ne soient pas sujets au référendum en matière de traités internationaux au sens de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.

Consultation externe

Il ressort de l'art. 3, al. 2, de la loi du 18 mars 2005 sur la consultation (LCo)¹⁴ qu'un traité international qui n'est pas sujet au référendum et ne touche pas des intérêts essentiels des cantons ne fait en principe pas l'objet d'une consultation, à moins qu'il ne s'agisse d'un projet de grande portée politique, financière, économique, écologique, sociale ou culturelle ou dont l'exécution sera confiée en grande partie à des organes extérieurs à l'administration fédérale. Les présents accords, dont le contenu et l'importance financière, politique et économique correspondent pour l'essentiel à ceux d'autres APPI conclus antérieurement¹⁵, ne sont pas d'une portée particulière au sens de la LCo. Leur exécution n'est pas davantage confiée à des organes extérieurs à l'administration fédérale. Pour ces motifs, on a pu renoncer à l'organisation d'une consultation externe.

¹⁴ RS 172.061

¹⁵ FF 2006 8023