

## Rapport

### 1 Développements dans la protection des investissements internationaux et opportunité à saisir

*Les investissements internationaux contribuent à la croissance économique et à la prospérité. Ils prennent une dimension particulière pour la Suisse en raison de la petite taille de son marché intérieur. Les investissements étrangers permettent aux entreprises d'exploiter les économies d'échelle et les effets de réseau, qui jouent souvent un rôle déterminant en matière de compétitivité.*

*Avec un stock d'investissements directs à l'étranger qui dépasse 1120 milliards de CHF, la Suisse compte parmi les dix plus grands exportateurs de capitaux du monde. Il est donc dans l'intérêt de la Suisse de créer des conditions-cadres propices aux investissements étrangers. Les accords de protection des investissements (API) y jouent un rôle central. En complément du droit national de l'Etat hôte, ils offrent aux investisseurs une sécurité juridique accrue et une protection contre les risques politiques. Si ces garanties sont nécessaires dans le cas des investissements étrangers, c'est parce que ceux-ci supposent généralement l'engagement de capitaux à long terme dans l'espace juridique d'un autre Etat.*

*Les API, et en particulier les procédures d'arbitrage entre investisseurs et Etats qu'ils prévoient, ont fait l'objet de critiques toujours plus vives ces dernières années. Quelques Etats ont ainsi commencé à réviser leurs API, dont ceux conclus avec la Suisse. Celle-ci reconnaît la nécessité de réviser certains aspects de la protection des investissements; elle a par conséquent développé continuellement sa pratique contractuelle en matière d'API au cours des dernières années et a participé activement, sur le plan multilatéral, à l'élaboration d'un nouveau règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats.*

*Il convient de poursuivre à l'avenir l'adaptation du régime de protection des investissements afin d'améliorer son fonctionnement et de renforcer l'acceptation des API au niveau international. Pour ce faire, la Suisse mise en premier lieu sur les processus multilatéraux qui permettent d'élaborer des solutions bénéficiant d'un large soutien. Des discussions sur l'opportunité d'instituer un tribunal arbitral multilatéral permanent et un organe d'appel en lieu et place des tribunaux arbitraux ad hoc actuels figurent actuellement au premier plan. En parallèle, la Suisse renouvelle progressivement ses API bilatéraux.*

*La mondialisation croissante des chaînes de valeur et la numérisation de l'économie confirment l'importance de renforcer la sécurité juridique par la protection des investissements. Cela étant, les API doivent tenir compte de la cohérence des politiques, promouvoir une politique d'investissement propice au développement, en particulier dans les pays en développement et les pays émergents, et favoriser la réalisation d'un ensemble d'objectifs pour un développement durable.*

## 1.1 Importance économique des investissements internationaux

La réussite du développement économique de la Suisse dépend de bonnes conditions-cadres. Ces dernières permettent aux entreprises de réaliser des investissements et de créer des emplois. Du fait de la petite taille de son marché, la Suisse est fortement tributaire de l'accès aux marchés d'écoulement et d'approvisionnement étrangers ainsi que des investissements directs<sup>1</sup>. Le transfert de savoir et de technologie lié aux investissements directs joue un rôle déterminant pour la compétitivité. C'est pourquoi les Etats cherchent à créer des conditions-cadres propices aux investissements indigènes et étrangers (infrastructure, formation, marché de l'emploi, etc.). Cela est aujourd'hui d'autant plus important que le progrès technologique et l'élimination des entraves au commerce entraînent une mondialisation croissante des chaînes de valeur<sup>2</sup>. Les processus de production sont de plus en plus morcelés en étapes confiées à différents intervenants situés dans plusieurs pays. Les entreprises multinationales qui mettent en place des réseaux de production et de distribution internationaux en investissant à l'étranger jouent un rôle déterminant dans ce contexte.

Depuis l'an 2000, les investissements transfrontaliers ont nettement gagné en importance et dépassé le commerce des biens en termes de croissance<sup>3</sup>. Ainsi, en quelques années, la part mondiale des investissements directs dans les pays en développement et dans les pays émergents a fortement augmenté. En 2010, pour la première fois, plus de la moitié des investissements directs internationaux<sup>4</sup>, soit 574 milliards d'USD, ont été effectués dans ces pays. Ces dix dernières années, le stock d'investissements directs étrangers en Afrique a connu une augmentation annuelle comparable (8 %) à celle enregistrée en Amérique du Nord ou en Europe. Pendant la même période, l'Amérique latine et l'Asie ont affiché un accroissement annuel moyen encore supérieur (respectivement 12 % et 10 %). En parallèle, des pays en développement et des pays émergents comme le Brésil, la Chine et l'Inde ont commencé à accroître leurs investissements à l'étranger.

Les besoins d'investissements internationaux en faveur du développement durable demeurent très hauts. En septembre 2015, les 193 Etats membres des Nations Unies ont approuvé l'Agenda 2030 de développement durable, qui inclut des objectifs de développement durable (ODD). Selon le plan de mise en œuvre, ces objectifs ne pourront être atteints qu'avec des investissements supplémentaires dans les pays en

<sup>1</sup> Par investissements directs, on entend les placements de capitaux réalisés par un investisseur dans le but d'influencer directement et durablement les activités d'une entreprise.

Dans les statistiques de la Banque nationale suisse (BNS), il y a investissement direct dès lors qu'un investisseur participe à hauteur d'au moins 10 % au capital donnant droit de vote, ou qu'il fonde une filiale ou une succursale à l'étranger.

<sup>2</sup> Cf. ch. 1 du rapport du Conseil fédéral du 14 janvier 2015 sur la politique économique extérieure 2014 (FF 2015 1361 1377 ss.).

<sup>3</sup> Cf. SECO, *Wirtschaftliche Bedeutung der Freihandelsabkommen für die Schweiz*, 2016; [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch) > Économie extérieure et coopération économique > Accords de libre-échange > Effets économiques des accords de libre-échange.

<sup>4</sup> Cf. CNUCED, *World Investment Report 2011: Non-Equity Modes of International Production and Development*, 2011, p. 2; <http://investmentpolicyhub.unctad.org> > Publications.

développement se montant d'après les estimations des Nations Unies à 2,5 billions d'USD par an durant les quinze prochaines années. À côté des efforts de développement nationaux et internationaux, et de la stabilité du système financier international, les investissements privés, en particulier les investissements internationaux, jouent un rôle décisif. Du point de vue de la politique de développement, les investissements déploient des effets positifs à long terme et à large spectre dès lors qu'ils sont réalisés de manière responsable et s'inscrivent dans un environnement participatif et propice à la croissance. Il est ainsi possible d'éviter la formation d'un «îlot» d'investissements étrangers sans lien réel avec l'économie locale et de promouvoir une croissance équilibrée.

### Effets de la numérisation sur les investissements internationaux

L'avènement du numérique modifie l'économie et le monde du travail<sup>5</sup>. Cette mutation repose sur les nouvelles technologies de l'information et de la communication, ainsi que sur des ordinateurs et des infrastructures de réseaux toujours plus puissants. Les évolutions techniques ouvrent de nouvelles possibilités d'accès aux marchés étrangers. Elles offrent des opportunités en matière d'innovation, mais aussi de nouveaux produits, services et modèles d'affaires. Pour les entreprises multinationales, la numérisation croissante de la production se traduit par un raccourcissement des chaînes de valeur mondiales. Elle peut également permettre aux petites et moyennes entreprises (PME) d'améliorer considérablement leur efficacité, notamment en facilitant les transactions financières, en rendant possibles la mise en place de nouveaux modèles de collaboration et de commercialisation, et l'utilisation de services en nuage. En complément des formes traditionnelles de financement, de nouveaux mécanismes font leur apparition pour lever des capitaux, comme le financement participatif (*crowdfunding*). Avec l'avènement du numérique, la question de la protection des données devient de plus en plus sensible.

La numérisation de l'économie modifie également les schémas d'investissement mondiaux. Dans son dernier rapport sur l'investissement dans le monde<sup>6</sup>, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) analyse ce phénomène au sein des 100 plus grandes multinationales. Entre 2010 et 2015, les multinationales technologiques et les multinationales du numérique<sup>7</sup> ont augmenté de 65 % leurs actifs et de 30 % leurs effectifs et leurs recettes d'exploitation, autrement dit elles ont affiché une croissance significativement plus élevée que celle enregistrée par les autres multinationales, qui a été quasi nulle pendant la même période. Si la numérisation des chaînes de valeur et la part des services (p. ex. dans

<sup>5</sup> Cf. rapport du Conseil fédéral du 11 janvier 2017 sur les principales conditions-cadres pour l'économie numérique; [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch) > Situation économique & politique économique > Politique économique > Numérisation.

<sup>6</sup> CNUCED, *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*, 2017, p. 155 ss.; <http://investmentpolicyhub.unctad.org> > Publications.

<sup>7</sup> La CNUCED entend par «multinationales technologiques» les entreprises actives dans les branches d'innovation des technologies de pointe, comme l'électronique, les technologies de l'information et la biotechnologie. Le terme «multinationales du numérique» désigne les entreprises qui proposent des infrastructures et des moyens de communication dans les domaines des technologies de l'information et de la communication et qui recouvrent un large éventail de modèles d'activité (plateformes en ligne, commerce électronique, etc.). Les entreprises de télécommunication n'appartiennent à aucune des catégories précitées.

les domaines du développement et des technologies de l'information) dans la valeur des produits finis connaissent une progression constante pour l'ensemble des entreprises multinationales, la hausse est particulièrement marquée pour les entreprises du numérique. Les multinationales non technologiques ont en moyenne 65 % de leurs capitaux à l'étranger et y réalisent 65 % de leur chiffre d'affaires, tandis que la part du chiffre d'affaires généré à l'étranger par les multinationales technologiques et les multinationales du numérique s'élève à 70 %. Cependant, seuls 40 % de leurs capitaux sont investis dans un Etat autre que leur Etat d'origine, ce qui signifie que ces entreprises ont besoin de moins d'investissements et de personnel pour atteindre les marchés étrangers. Les facteurs d'implantation pertinents pour les investissements internationaux évoluent avec la numérisation. A titre d'exemple, le poids du niveau des salaires pourrait diminuer et celui du niveau de formation, augmenter.

### **Importance des investissements internationaux pour la Suisse**

Pour la Suisse, les investissements internationaux jouent un rôle de premier plan. D'après les statistiques de la Banque nationale suisse (BNS)<sup>8</sup>, tant le stock d'investissements directs suisses à l'étranger (plus de 1120 milliards de CHF, état à la fin de 2015) que le nombre de personnes employées par des filiales suisses à l'étranger (environ 2 millions) affichent, en comparaison internationale, un niveau exceptionnel<sup>9</sup>. Depuis l'an 2000, le stock des investissements directs suisses à l'étranger a triplé. En 2015, le produit net des investissements à l'étranger rapatrié en Suisse se montait à près de 92 milliards de CHF. Quant aux investissements directs étrangers en Suisse, ils atteignaient, la même année, près de 833 milliards de CHF et procuraient du travail à plus de 456 000 personnes.

En Suisse, outre les grandes entreprises multinationales, ce sont plusieurs centaines de PME qui réalisent des investissements directs importants à l'étranger. A la fin de 2015, le stock d'investissements des entreprises industrielles, dont le groupe de branches «chimie et plastique» représentait la part la plus importante (40 %), s'élevait à 395 millions de CHF. La même année, le secteur des services, essentiellement les banques et les assurances (50 %) et le commerce (40 %), affichait un stock d'investissements de 332 milliards de CHF. Le stock d'investissements des sociétés financières et *holding* dans les filiales à l'étranger se montait à 393 milliards de CHF. Les investissements à l'étranger contribuent de manière significative à la productivité de l'économie suisse. Les économies d'échelle réalisées grâce à la mise en place de réseaux de production ou de distribution à l'étranger revêtent une importance particulière pour les entreprises suisses, compte tenu de la taille restreinte du marché intérieur. A l'inverse, les investissements de l'étranger apportent des capitaux et du savoir-faire supplémentaires à la place économique suisse.

La Suisse a donc tout intérêt à bénéficier d'un accès aussi libre et non discriminatoire que possible aux marchés d'investissements internationaux. Le rachat d'entreprises par des investisseurs étrangers n'est cependant pas toujours souhaitable au vu d'intérêts publics prépondérants, notamment dans le cas des infrastructures

<sup>8</sup> Cf. BNS, Investissements directs 2015, décembre 2016; [www.snb.ch/fr/>](http://www.snb.ch/fr/>) Publications.

<sup>9</sup> D'après les chiffres de la CNUCED, en 2016, les entreprises suisses se situaient au 9<sup>e</sup> rang du classement mondial des stocks d'investissements à l'étranger. Cf. CNUCED, *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*, 2017, p. 226.

critiques, par exemple dans le secteur des transports ou de l'énergie (réseaux électriques, barrages, etc.) et des prestations de base d'importance systémique (p. ex. en matière de santé ou de formation). En Suisse, la propriété de l'Etat, des obligations de concession ou des réglementations spéciales rendent guère possible les investissements étrangers dans ces domaines.

## 1.2 Politique de la Suisse en matière d'accords

### 1.2.1 Accords de protection des investissements

L'objectif de la politique économique extérieure est d'assurer aux entreprises suisses les mêmes conditions d'accès aux marchés étrangers que leurs concurrents étrangers. En tant qu'important pays d'origine d'investissements internationaux, il est dans l'intérêt de la Suisse de créer des conditions-cadres favorables aux activités de ses entreprises à l'étranger et de leur offrir une protection juridique efficace. Avec les accords de libre-échange (ALE) et les conventions de double imposition (CDI), les API constituent l'un des piliers principaux de la stratégie économique extérieure du Conseil fédéral<sup>10</sup>. La conclusion de ces trois types d'accords économiques montre des effets positifs sur les flux commerciaux et les investissements internationaux<sup>11</sup>.

Les entreprises suisses ne cessent de développer leurs activités internationales. Les décisions d'investissement à l'étranger dépendent de la taille du marché, du niveau de formation, du niveau des salaires et de l'offre d'infrastructures. Les entreprises sont en outre tributaires d'un environnement stable et prévisible (sécurité juridique, protection des données, etc.), les investissements à long terme en dehors de leur pays d'origine les exposant aux risques spécifiques des systèmes juridiques étrangers. Cependant, il n'existe, dans ce domaine, aucune réglementation multilatérale complète, telle que celle qui régit les échanges commerciaux dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) (cf. ch. 1.2.2). Les API comblent partiellement cette lacune en offrant une sécurité juridique supplémentaire, en complément des systèmes juridiques nationaux.

On compte aujourd'hui plus de 3200 API dans le monde, sachant que ce nombre continue d'augmenter. En 2016, 37 nouveaux API ont été conclus, et 19 ont été abrogés pour cause de dénonciation par l'un des Etats parties<sup>12</sup>. Si les différents API ne sont pas identiques, ils suivent néanmoins généralement la même structure et contiennent les mêmes principes fondamentaux. De son côté, la Suisse a conclu 116 API bilatéraux, dont 112 sont en vigueur. Parmi ces accords, 91 prévoient un mécanisme d'arbitrage entre investisseurs et Etats<sup>13</sup>. Les ALE conclus par la Suisse

<sup>10</sup> Cf. ch. 1 du rapport du Conseil fédéral du 13 janvier 2012 sur la politique économique extérieure 2011 (FF 2012 675 701 ss.).

<sup>11</sup> Cf. SECO, *Exportpotenziale im Dienstleistungssektor, Strukturberichterstattung* n° 47/4, 2011, p. 24. L'étude a conclu que plus le nombre d'accords économiques (CDI, API, ALE, etc.) passés avec un Etat partenaire est grand, plus les retombées positives, comme l'augmentation des investissements directs, sont nombreuses.

<sup>12</sup> CNÚCED, *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*, 2017, p. 111.

<sup>13</sup> Les API ne prévoyant pas de mécanisme d'arbitrage entre investisseurs et Etats sont tous antérieurs à 1990.

se limitent en principe, pour ce qui est des investissements, à l'accès aux marchés et ne comportent aucune disposition relative à la protection des investissements. Font figure d'exception les ALE avec le Japon, Singapour et la Corée du Sud, qui, outre l'accès aux marchés, couvrent la protection des investissements.

Les API assurent aux investisseurs une protection contre les risques politiques<sup>14</sup> au niveau international. Les normes de protection suivantes figurent au premier plan dans les API de la Suisse: protection contre les discriminations étatiques (traitement national et traitement de la nation la plus favorisée), protection contre les expropriations illicites ou indemnisées de façon inappropriée, traitement juste et équitable, protection contre le non-respect des engagements de l'Etat, garantie de la libre circulation des paiements et des capitaux. La procédure d'arbitrage entre investisseurs et Etats prévue par la plupart des API donne aux investisseurs la possibilité d'intenter une action contre l'Etat hôte et de demander un dédommagement (cf. ch. 1.2.3).

Les API conclus par la Suisse protègent uniquement les investissements réalisés conformément au droit, autrement dit dans le respect des dispositions légales de l'Etat hôte (cf. ch. 1.2.4). Les investisseurs qui contreviennent aux dispositions légales (qui commettent p. ex. des délits de corruption ou des infractions fiscales) ne peuvent bénéficier de la protection des investissements.

## 1.2.2 Traités multilatéraux

Différents instruments de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), qui lient la Suisse en vertu de son statut de membre, couvrent des aspects spécifiques de la protection des investissements, même en l'absence de mécanisme contraignant formel. Dans la déclaration de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales, les pays de l'OCDE se sont ainsi engagés à ne pas discriminer les investissements effectués sur leur territoire par les entreprises des autres pays membres (traitement national après établissement). Les codes de l'OCDE sur la libération des mouvements de capitaux et des opérations courantes invisibles garantissent en outre la possibilité d'investir dans d'autres pays de l'OCDE (principe de la nation la plus favorisée et du traitement national, qui peuvent être restreints par des réserves nationales). Les travaux de l'OCDE pour la conclusion d'un accord multilatéral complet sur l'investissement ont échoué en 1998.

<sup>14</sup> Les risques politiques, aussi appelés «risques non commerciaux», sont à distinguer des risques commerciaux (mauvaise appréciation du marché, défaut de paiement de la part du partenaire commercial, etc.).

Le traité multilatéral sur la charte de l'énergie<sup>15</sup>, que la Suisse a ratifié en 1994, prévoit des règles spécifiques au secteur de l'énergie en matière d'investissement. Outre des règles régissant le commerce et le transit d'énergie, il inclut des dispositions relatives à la protection des investissements et un mécanisme d'arbitrage entre investisseurs et Etats.

Les procédures d'arbitrage prévues par les API s'appuient par ailleurs sur des accords multilatéraux (cf. ch. 1.2.3). Les API conclus par la Suisse et la plupart des autres Etats ne comprennent pas de règles de procédure détaillées en matière d'arbitrage, mais renvoient à des règlements d'arbitrage convenus à l'échelon multilatéral. Ainsi, la convention relative au Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)<sup>16</sup>, conclue dans le cadre de la Banque mondiale, et les règles d'arbitrage qui en découlent incluent des dispositions sur l'institution et la composition des tribunaux arbitraux, le déroulement des procédures et l'exécution des sentences. Chaque Etat partie s'engage à reconnaître les sentences arbitrales rendues sous le régime de la convention CIRDI et à mettre en œuvre les obligations financières qu'elle prévoit, comme il le ferait pour un jugement entré en force par un tribunal interne. Par ailleurs, les procédures d'arbitrage entre investisseurs et Etats peuvent aussi se fonder sur le règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), qui est aussi utilisé pour les procédures d'arbitrage commerciales entre parties privées. Enfin, la Convention du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères<sup>17</sup> conclue à New York sous l'égide de la CNUDCI peut être pertinente pour l'exécution des décisions rendues dans le cadre de procédures de règlement des différends entre investisseurs et Etats. Les Etats parties s'engagent à reconnaître et à exécuter les sentences arbitrales issues de procédures d'arbitrage menées dans les autres Etats parties.

### 1.2.3 Importance de l'arbitrage entre investisseurs et Etats

Les entreprises qui investissent à l'étranger sont parfois confrontées à des problèmes que le système juridique national de l'Etat hôte ne permet pas de régler, pour toutes sortes de raisons. Les cas qui mènent à des plaintes à l'échelon international vont de l'expropriation sans indemnisation adéquate à la restriction de la circulation internationale des capitaux, en passant par la discrimination et un Etat de droit lacunaire (p. ex. absence de procès équitable)<sup>18</sup>. Comme la plupart des autres Etats, la Suisse prévoit un mécanisme d'arbitrage entre investisseurs et Etats dans tous les API qu'elle conclut depuis les années 90. Ce mécanisme permet à un investisseur de

<sup>15</sup> Traité du 17 décembre 1994 sur la Charte de l'énergie (RS **0.730.0**), entré en vigueur le 16 avril 1998.

<sup>16</sup> Convention du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (convention CIRDI; RS **0.975.2**).

<sup>17</sup> RS **0.277.12**

<sup>18</sup> Les procédures d'arbitrage entre investisseurs et Etats initiées en 2016 concernaient notamment l'annulation, le rejet ou le non-renouvellement de concessions ou de licences (dix cas), l'expropriation directe (sept cas), les réglementations dans le domaine des énergies renouvelables (six cas) et les mesures fiscales (cinq cas). Cf. CNUCED, *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*, 2017, p. 116.

soumettre un litige avec l'Etat hôte à un tribunal arbitral international indépendant, directement et sans l'intervention de son Etat d'origine. Les API prévoient expressément le consentement des Etats parties à soumettre à l'arbitrage tout litige avec un investisseur résultant de l'application de l'accord (*prior consent*). Le droit direct de l'investisseur d'intenter une procédure contre l'Etat hôte permet d'éviter que l'Etat d'origine de l'investisseur doive lui-même, au titre de la protection diplomatique, entreprendre une action contre l'Etat hôte, ce qui pourrait générer un conflit interétatique<sup>19</sup>.

Pour régler un différend, l'investisseur peut choisir entre les procédures judiciaires internes de l'Etat hôte et l'arbitrage international. L'accès à un tribunal arbitral international offre une protection juridique supplémentaire aux investisseurs, notamment lorsque l'indépendance et l'efficacité des tribunaux nationaux de l'Etat hôte ne sont pas garanties. Pour empêcher les actions multiples, les API de la Suisse interdisent aux investisseurs de recourir à la fois aux voies de droit internationales et aux voies de droit nationales pour régler le même litige. Le recours à l'arbitrage ne requiert en revanche pas l'épuisement préalable des voies de droit nationales, car cela prendrait plusieurs années et entraînerait un important retard sur le plan juridique. Les investisseurs qui optent d'abord pour la voie judiciaire nationale ne perdent pas l'accès à l'arbitrage international, car ils seraient alors dissuadés de passer par les voies de droit internes, ce qui est contraire aux intérêts des Etats hôtes.

En principe, les API conclus par la Suisse offrent à l'investisseur le choix entre un arbitrage selon les règles du CIRDI et selon d'autres règles d'arbitrage, comme le règlement d'arbitrage de la CNUDCI (cf. ch. 1.2.2). Dans les deux cas, la première étape consiste en un délai de consultation obligatoire allant de six à douze mois, durant lequel les parties s'efforcent de trouver une solution amiable. Dans la majorité des cas, les différends sont résolus à l'amiable à ce stade. Si aucune solution n'est trouvée, l'investisseur peut demander la constitution d'un tribunal arbitral, en règle générale composé de trois personnes. Les parties à la procédure nomment chacune un arbitre, lesquels choisissent ensuite conjointement le troisième arbitre, qui présidera le tribunal. Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord, le choix est effectué par une instance tierce indépendante (p. ex. la secrétaire générale du CIRDI). Si le tribunal arbitral conclut à une violation d'un API, il peut uniquement octroyer à l'investisseur une indemnisation pécuniaire. Il ne dispose pas de la compétence nécessaire pour examiner, modifier ou abroger des actes législatifs ou décisions nationales.

Plutôt rares jusqu'au début des années 90, les procédures d'arbitrage entre investisseurs et Etats se sont multipliées ces quinze dernières années. Selon les statistiques de la CNUCED<sup>20</sup>, entre 1987 et 2016, un total de 767 procédures d'arbitrage entre investisseurs et Etats a été enregistré dans le monde. En 2016, la CNUCED a comptabilisé 62 nouvelles procédures, soit moins que l'année précédente (74), mais plus que la moyenne des dix dernières années (49). Comme les statistiques ne répertorient que les procédures rendues publiques, les chiffres effectifs sont probablement

<sup>19</sup> C'est pourquoi on considère que les API contribuent à la dépolitisation des différends relatifs aux investissements.

<sup>20</sup> CNUCED, *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*, 2017, p. 114 ss.



plus élevés. Compte tenu des plus de 3200 API conclus à l'échelle mondiale, ils ne sont néanmoins pas particulièrement hauts. A ce jour, 109 Etats ont été impliqués au moins une fois dans une procédure; la Suisse, quant à elle, n'a encore jamais fait l'objet d'une plainte auprès d'un tribunal arbitral. Entre 1987 et 2016, l'Etat défendeur a eu gain de cause dans 36 % des cas, et l'investisseur demandeur dans 27 % des cas; le différend a été réglé à l'amiable dans 25 % des cas et la procédure a été abandonnée pour diverses raisons dans les 12 % restants.

D'après la CNUCED, depuis 1987, 24 procédures d'arbitrage ont été intentées par des investisseurs suisses, ce qui place la Suisse au 10<sup>e</sup> rang<sup>21</sup> des Etats d'origine des demandeurs. Cette position correspond plus ou moins à celle de la Suisse dans les statistiques relatives aux stocks mondiaux d'investissements étrangers<sup>22</sup>. Les procédures concernent différents secteurs économiques. A titre d'exemple, un tribunal arbitral a octroyé 39 millions d'USD de dommages-intérêts à un investisseur suisse actif dans le domaine de l'inspection des marchandises, l'Etat hôte n'ayant pas honoré ses obligations de paiement relatives à un mandat d'inspection de navires<sup>23</sup>. Dans un autre cas, un opérateur aéroportuaire helvétique, dont la concession d'exploitation d'un aéroport avait été suspendue de manière illicite par l'Etat hôte, a été dédommagé à hauteur de 30 millions d'USD<sup>24</sup>. L'indemnité la plus élevée obtenue par un investisseur suisse dans le cadre d'une procédure d'arbitrage (650 millions d'USD) concernait la nationalisation de cimenteries<sup>25</sup>. Dans ce dernier cas, les parties sont tombées d'accord sur la hauteur de l'indemnité compensatoire; ainsi, il n'a pas été nécessaire de mener la procédure d'arbitrage à terme.

Ces exemples illustrent l'utilité et l'efficacité de l'arbitrage international pour les investisseurs suisses. Cependant, compte tenu des frais de procédure élevés, les investisseurs n'ont recours à cet instrument que lorsque le montant du litige est important. La première étape consiste généralement à chercher une solution à l'amiable ou, quand c'est possible, à avoir recours aux voies de droit de l'Etat hôte. Au final, un investisseur renonce souvent à intenter une procédure d'arbitrage, car il craint des répercussions négatives sur son activité économique future dans l'Etat hôte.

21 CNUCED, *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*, 2017, p. 116. A la tête de ce classement figurent les Etats-Unis, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, l'Allemagne et le Canada.

22 Cf. note 9.

23 SGS Société Générale de Surveillance SA contre Paraguay (affaire CIRDI n° ARB/07/29). Cf. <https://icsid.worldbank.org/fr/> > Affaires > Rechercher des affaires dans la base de données > ARB/07/29.

24 Flughafen Zürich AG et Gestión e Ingeniería IDC SA contre Venezuela (affaire CIRDI n° ARB/10/19). Cf. <https://icsid.worldbank.org/fr/> > Affaires > Rechercher des affaires dans la base de données > ARB/10/19.

25 Holcim Limited, Holderfin BV et Caricement BV contre Venezuela (affaire CIRDI n° ARB/09/3). Cf. <https://icsid.worldbank.org/fr/> > Affaires > Rechercher des affaires dans la base de données > ARB/09/3.

### 1.2.4 Critiques et défis

Les API sont des accords relativement courts, qui contiennent quelques normes de protection centrales et se basent en partie sur des formulations standard. Ils nécessitent de ce fait des négociations moins longues, ce qui a permis aux Etats de développer un vaste réseau d'API en relativement peu de temps. Il en résulte que certaines normes de protection, formulées de manière très concise, peuvent contenir des termes juridiques sujets à interprétation. Il est notamment reproché aux API de ne pas préciser suffisamment les dispositions relatives au traitement juste et équitable et à l'expropriation indirecte, souvent invoquées dans la pratique. Les investisseurs pourraient ainsi interpréter ces dispositions de façon extensive et tenter une procédure d'arbitrage contre un Etat hôte même lorsque la protection visée dans une disposition ne s'applique pas, ce qui pourrait dissuader les Etats de faire usage de leur droit d'édicter des réglementations. Même si la pratique développée au fil des ans par les tribunaux arbitraux a permis d'établir un certain consensus dans l'interprétation des dispositions, celles-ci laissent une certaine marge de manœuvre. La Suisse, à l'image de bon nombre d'autres pays, a par conséquent entrepris de réduire cette marge de manœuvre en prévoyant des formulations plus détaillées dans les accords. De plus, une disposition spécifique confirme le droit des Etats parties de légiférer dans l'intérêt public (cf. ch. 1.3.2). Lorsqu'ils précisent les normes de protection, les Etats s'appuient souvent sur les formulations et critères arrêtés par les tribunaux arbitraux au cours des années, ce qui montre la volonté de ces derniers de limiter l'interprétation extensive des API. C'est ce dont témoigne une sentence arbitrale concernant des prescriptions applicables aux emballages de cigarettes introduites pour des motifs de politique de santé qu'un tribunal arbitral saisi en vertu d'un API suisse a rendue récemment<sup>26</sup>. Le tribunal arbitral a rejeté la demande en renvoyant aux principes du droit international public général et au droit de l'Etat hôte d'édicter des réglementations, même si ce droit n'est pas explicitement mentionné dans l'API en question.

D'aucuns reprochent aux API de n'offrir qu'une protection unilatérale, puisqu'ils confèrent des droits aux investisseurs sans imposer d'obligations. On peut opposer à cela que les API de la Suisse limitent explicitement la protection aux investissements conformes au droit. Un investisseur qui ne respecte pas la législation de l'Etat hôte ne peut ainsi pas invoquer la protection offerte par l'API. Les investisseurs sont tenus d'observer toutes les lois de leur Etat d'origine et de l'Etat hôte. En cas de violation de cette obligation, l'Etat dispose, du fait de son pouvoir étatique, des instruments nécessaires pour agir contre les investisseurs fautifs (procédure judiciaire ou administrative, gel des avoirs, fermeture de l'entreprise, etc.). Les API servent de contrepois à ces instruments juridiques et prémunissent les investisseurs étrangers contre un traitement injuste ou arbitraire. Dans le cadre de leurs activités dans leur pays ou à l'étranger, les investisseurs sont tenus de respecter non seulement leurs obligations légales, mais encore les normes reconnues internationalement en matière de responsabilité sociétale des entreprises (RSE). La Suisse s'engage

<sup>26</sup> Philip Morris Brand Sàrl (Suisse), Philip Morris Products SA (Suisse) et Abal Hermanos SA (Uruguay) contre Uruguay (affaire CIRDI n° ARB/10/7). Cf. [https://icsid.worldbank.org/fr/>Affaires>Rechercher des affaires dans la base de données > ARB/10/7](https://icsid.worldbank.org/fr/>Affaires>Rechercher%20des%20affaires%20dans%20la%20base%20de%20donn%C3%A9es%20>ARB/10/7).

activement dans la définition et la promotion de ce type de normes (cf. ch. 2) et y renvoie dans ses nouveaux API.

Les procédures d'arbitrage entre investisseurs et Etats prévues par les API font également l'objet de critiques. La légitimité démocratique des tribunaux arbitraux est notamment remise en question. Cette critique n'est pas justifiée dans la mesure où le système a été créé par les Etats eux-mêmes sur la base de traités, soumis au niveau national au contrôle démocratique (approbation par le Parlement, entre autres). Un tribunal arbitral international ne peut pas interférer avec la souveraineté nationale et examiner, modifier ou abroger des actes législatifs ou décisions nationales; il peut uniquement octroyer à l'investisseur une indemnisation pécuniaire en cas de non-respect de l'API.

Par ailleurs, on pourrait avoir l'impression que les investisseurs étrangers, en ayant la possibilité de faire appel à un tribunal arbitral en plus des tribunaux nationaux, bénéficient de plus de droits que les investisseurs indigènes et sont donc avantagés. Toutefois, les API se basent toujours sur le principe de la réciprocité. A titre d'exemple, les investisseurs suisses disposent dans un Etat partenaire des mêmes droits d'intenter une procédure d'arbitrage que les investisseurs de cet Etat en Suisse. Les investisseurs nationaux ne peuvent certes pas intenter une procédure d'arbitrage contre leur propre Etat, mais ils bénéficient de cette possibilité dans l'autre Etat partie à l'API.

Par contre, la critique concernant le manque de transparence des procédures d'arbitrage entre investisseurs et Etats n'est pas complètement infondée. Alors que le CIRDI publie sur son site Internet les informations principales concernant le tribunal arbitral, le déroulement et l'issue des procédures organisées conformément à ses règles, le public n'a que peu d'informations sur les procédures régies par le règlement d'arbitrage de la CNUDCI. La publication des sentences des tribunaux arbitraux nécessite, selon les deux règlements d'arbitrage, le consentement des deux parties à la procédure. Il s'ensuit que les sentences ne sont pas toujours publiées, ce qui n'est guère favorable à la sécurité et au développement du droit. La Suisse est d'avis que la transparence est une condition essentielle de l'efficacité et de l'acceptation des procédures d'arbitrage entre investisseurs et Etats, notamment parce que la procédure n'implique pas deux parties privées, mais un particulier et un Etat, ce qui signifie qu'il y a un intérêt public. La Suisse a par conséquent participé activement à la définition du règlement de la CNUDCI sur la transparence et a soumis ses API en vigueur à ce nouveau régime en ratifiant la convention des Nations Unies sur la transparence (convention de Maurice)<sup>27</sup> (cf. ch. 1.3.2). Elle s'engagera en outre pour que ces règles de transparence soient intégrées dans les futurs API. Cet objectif pourrait toutefois être difficile à réaliser dans certains cas, étant donné que divers partenaires de négociation, en particulier les pays en développement et les pays émergents, se montrent encore réticents vis-à-vis des nouvelles normes de transparence.

<sup>27</sup> Convention du 10 décembre 2014 des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondés sur des traités (RS 0.975.3).

Des suggestions d'amélioration existent également pour la constitution des tribunaux arbitraux. Selon le système actuel, les parties demandent la constitution d'un nouveau tribunal arbitral pour chaque litige (cf. ch. 1.2.3), raison pour laquelle on parle de tribunaux arbitraux *ad hoc*. Cette pratique offre une flexibilité qui permet la constitution rapide d'un tribunal arbitral et la nomination d'arbitres disposant des connaissances techniques nécessaires. Par contre, elle peut affaiblir la cohérence des sentences arbitrales, étant donné que chaque tribunal arbitral ne traite qu'un cas concret, et que les sentences n'ont pas d'effet préjudiciel sur les affaires à venir. Cet effet est encore renforcé par l'absence d'autorité de recours qui pourrait contrôler et harmoniser les sentences en procédant, si nécessaire, à des corrections. De plus, d'aucuns reprochent parfois aux arbitres nommés par les parties de ne pas être assez indépendants, ou dénoncent un conflit d'intérêts lorsque les arbitres participent à d'autres procédures en tant qu'avocats. Même si la Suisse estime, sur la base de son expérience, que le système actuel fonctionne bien dans l'ensemble, elle est disposée à examiner d'autres possibilités, comme la mise en place de règles de conduite contraignantes pour les arbitres ou une vaste révision institutionnelle. Le cas échéant, celle-ci devrait avoir lieu à l'échelle multilatérale, en raison de la portée internationale de l'arbitrage. La Suisse salue par conséquent le lancement d'un processus multilatéral, qui permettra notamment d'examiner l'opportunité d'instituer un tribunal arbitral permanent des investissements (cf. ch. 1.3.3).

Des critiques ont été émises dans plusieurs Etats à l'encontre des API en raison du nombre croissant des procédures d'arbitrage dirigées contre eux et des coûts élevés qu'elles entraînent. Il est estimé que certaines actions sont intentées dans le seul but de mettre les pouvoirs publics sous pression et d'empêcher ainsi l'introduction de réglementations indésirables. Toutefois, à elle seule, la multiplication des procédures d'arbitrage n'est pas preuve d'une utilisation malveillante des possibilités d'action par les investisseurs, le nombre de procédures n'ayant pas augmenté de façon disproportionnée par rapport à la hausse des flux d'investissements à l'échelle mondiale. Cela étant, comme dans tout système juridique, il n'est pas possible d'exclure que les moyens juridiques prévus par les API soient parfois utilisés à des fins déloyales. Même si une demande est finalement déboutée, chaque procédure génère des frais et mobilise des ressources. La Suisse souhaite empêcher ce type de demandes injustifiées, voire abusives. Selon les règles du CIRDI, un Etat peut d'ores et déjà exiger, dans le cadre d'une procédure simplifiée, le rejet d'une plainte manifestement abusive. La nouvelle pratique de la Suisse en matière d'API (cf. ch. 1.3.2) prévoit, pour toute procédure d'arbitrage basée sur un API de la Suisse, la possibilité d'examiner en amont la recevabilité de la demande. De plus, la partie qui succombe sera en principe tenue dorénavant d'assumer l'intégralité des coûts de la procédure d'arbitrage (aujourd'hui, c'est le tribunal arbitral qui décide de la répartition des coûts selon sa libre appréciation). Ce nouveau régime devrait dissuader les investisseurs de présenter une demande abusive.

## **1.3 Développement de la protection des investissements**

### **1.3.1 Objectifs de la Suisse**

Dans la mesure où certaines critiques émises à l'encontre des API sont justifiées, la Suisse reconnaît la nécessité d'une réforme. C'est pourquoi elle s'engage à différents niveaux en faveur du développement continu des API dans le but d'améliorer le fonctionnement de la protection des investissements étrangers fondée sur le droit international public et l'acceptation internationale des API.

Le développement des API a pour objectif de renforcer la sécurité juridique et d'augmenter la prévisibilité pour les investisseurs et les Etats hôtes, tout en maintenant la protection des investissements à son niveau actuel. Il est essentiel, pour l'attrait de la place économique suisse, de préserver notre vaste réseau d'API et de veiller à ce que les investisseurs suisses puissent profiter des mêmes normes de protection à l'étranger que leurs concurrents. La procédure d'arbitrage entre investisseurs et Etats joue un rôle majeur dans ce contexte. Même si l'expérience montre que la majorité des différends liés aux investissements sont réglés par une solution à l'amiable ou devant les tribunaux nationaux, la possibilité de faire appel à un tribunal arbitral international et indépendant revêt une grande importance pour les investisseurs actifs à l'international, car elle leur offre une protection juridique adéquate lorsque les systèmes judiciaires nationaux ne sont pas assez indépendants ou impartiaux. Dans ses travaux en vue d'améliorer les API, la Suisse tient compte des développements internationaux, notamment de la nouvelle pratique de l'UE en la matière<sup>28</sup>.

Lorsqu'elle conclut des API, la Suisse veille à la cohérence des politiques et à ce que les objectifs de la protection des investissements soient compatibles avec les objectifs du développement durable et les intérêts des pays en développement.

### **1.3.2 Adaptations précédentes**

Ces dernières années, plusieurs organisations internationales (OCDE, CNUCED, CNUDCI, etc.) ont mené de vastes travaux de fond, contribuant ainsi à une meilleure compréhension des API et de la pratique des tribunaux arbitraux, et identifiant différentes possibilités pour développer ces accords. La Suisse participe activement à ces travaux multilatéraux, qui servent de base à l'adaptation de ses API bilatéraux.

### **Développement de la pratique contractuelle de la Suisse en matière d'API**

Ces dernières années, la Suisse a développé de manière continue sa pratique contractuelle en matière d'API sur la base des travaux menés au sein d'organismes internationaux spécialisés. En 2012, un groupe de travail interne à l'administration a élaboré

<sup>28</sup> Avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne en 2009, l'UE a obtenu la compétence de conclure des accords dans le domaine de la protection des investissements. Par la suite, l'UE a, à titre d'exemple, négocié un vaste chapitre relatif aux investissements dans le cadre de l'accord économique et commercial global avec le Canada (CETA); ce chapitre régit tant l'accès au marché des investissements que la protection des investissements, y compris le règlement des différends entre investisseurs et Etats.

ré de nouvelles dispositions afin de renforcer la cohérence entre les API et les objectifs du développement durable. Ainsi, le préambule a été étoffé par des références au développement durable, à la lutte contre la corruption, aux droits de l'homme, à la RSE et à la notion de soutien réciproque des politiques. De plus, une nouvelle disposition précise que le niveau de protection prévu dans un Etat en ce qui concerne la santé, la sécurité, les conditions de travail et l'environnement ne peut pas être abaissé dans le but d'encourager les investissements. Une autre disposition nouvelle confirme explicitement le droit des Etats parties d'édicter des règlements afin de préserver un intérêt public (p. ex. santé, sécurité, environnement). Les Etats sont toutefois tenus de respecter les principes généraux de l'accord, comme la non-discrimination et la proportionnalité. Ces dispositions visent à éviter que les API restreignent la marge de manœuvre politique des Etats pour protéger les intérêts publics. Les pays en développement, notamment, ont un retard à rattraper en matière de réglementation (p. ex. protection de l'environnement) et s'efforcent donc de promouvoir les investissements directs étrangers tout en réglementant davantage. Les API ne doivent pas entraver ces efforts.

En 2015, un groupe de travail interne à l'administration s'est de nouveau penché sur la pratique en matière d'API. Il a examiné de manière approfondie les normes de protection et les dispositions relatives au règlement des différends entre investisseurs et Etats, en s'inspirant de la nouvelle pratique de l'UE. Le rapport du groupe de travail du 7 mars 2016<sup>29</sup> contient de nouvelles approches pour plusieurs dispositions. Ainsi, la disposition concernant l'obligation d'un traitement juste et équitable a été complétée par une série d'exemples de mesures qui contreviennent à cette norme. Il s'agit notamment du déni de justice dans les procédures judiciaires ou administratives, de mesures ouvertement arbitraires ou d'un traitement abusif des investisseurs étrangers. De même, la disposition concernant l'expropriation indirecte a été complétée par une liste de critères (p. ex. conséquences économiques, pratique discriminatoire et durée d'une mesure) permettant de déterminer lors d'examens de cas d'espèce si une mesure étatique constitue une expropriation indirecte. Faire figurer explicitement ce type de précisions dans le texte de l'accord permet d'éviter d'éventuelles interprétations extensives dans le cadre de futures procédures d'arbitrage et renforce ainsi la sécurité juridique pour les Etats hôtes et les investisseurs. Étant donné que les précisions en question sont conformes à la pratique actuelle de la Suisse, il n'est pas nécessaire de renégocier dans l'immédiat tous les API en vigueur; ces derniers seront adaptés au fur et à mesure en fonction des ressources disponibles (cf. ch. 1.3.3).

En ce qui concerne les règles applicables aux procédures d'arbitrage entre investisseurs et Etats, les API de la Suisse se limitent aux éléments-clés. Pour la Suisse, il suffit en principe de renvoyer à un régime d'arbitrage multilatéral (CIRDI ou CNUDCI, p. ex., cf. ch. 1.2.2), étant donné que l'intégration de ces règles éprouvées, telles quelles ou avec des précisions, n'est pas opportune et pourrait même générer des contradictions. Des dispositions supplémentaires ont néanmoins été ajoutées

<sup>29</sup> Cf. rapport du 7 mars 2016 du groupe de travail relatif à la révision de certaines dispositions employées pour la négociation d'accords de protection des investissements (API); [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch) > Économie extérieure et coopération économique > Investissements internationaux > Politique de la Suisse en matière d'accords.

pour certains points importants, notamment une disposition visant à empêcher les plaintes manifestement abusives, qui permet de débouter les demandes manifestement irrecevables ou infondées selon une procédure simplifiée. Une nouvelle règle concernant les coûts prévoit en outre que la partie qui succombe doit en général assumer l'intégralité des frais de procédure.

### Règlement de la CNUDCI sur la transparence

Un nouveau règlement sur la transparence a été mis au point au sein de la CNUDCI dans le but d'améliorer la transparence des procédures d'arbitrage entre investisseurs et Etats. Entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2014, il prévoit de rendre publics tous les documents importants relatifs à la procédure, comme la notification d'arbitrage, les mémoires des parties, ainsi que les ordonnances et sentences du tribunal arbitral. De plus, les audiences du tribunal arbitral sont en principe publiques et ce dernier peut autoriser des tiers à soumettre des observations écrites (*amicus curiae briefs*). Le règlement prévoit toutefois des exceptions pour les informations confidentielles, comme les secrets d'affaires.

Le règlement de la CNUDCI sur la transparence s'applique automatiquement aux procédures d'arbitrage entre investisseurs et Etats fondées sur le règlement d'arbitrage de la CNUDCI et liées à un API conclu après le 1<sup>er</sup> avril 2014. Pour les procédures d'arbitrage entamées sur la base d'un API conclu avant cette date ou soumises à un autre régime d'arbitrage (p. ex. CIRDI), le règlement sur la transparence ne s'applique que si les parties à l'arbitrage ou les parties à l'API en conviennent. Conclue en 2014 et entrée en vigueur le 18 octobre 2017, la convention de Maurice<sup>30</sup> vise à faciliter un tel accord ultérieur entre les parties à des API en vigueur. L'adhésion à cette convention étend l'application du règlement sur la transparence aux procédures d'arbitrage fondées sur les API conclus avant le 1<sup>er</sup> avril 2014 ou régis par d'autres règles d'arbitrage que celles figurant dans le règlement de la CNUDCI, par exemple les règles du CIRDI. De cette façon, il n'est pas nécessaire de réviser chaque API.

La Suisse a participé à la rédaction du règlement sur la transparence et aux négociations relatives à la convention de Maurice, qu'elle a ratifiée en troisième le 18 avril 2017<sup>31</sup>. Pour ses nouveaux API, elle intègre depuis 2014 une disposition prévoyant l'application du règlement de la CNUDCI sur la transparence à toutes les procédures d'arbitrage. L'API avec la Géorgie<sup>32</sup>, entré en vigueur le 17 avril 2015, est le premier accord de la Suisse (et même le premier API dans le monde) à contenir cette nouvelle disposition.

<sup>30</sup> RS 0.975.3

<sup>31</sup> Cf. message du 20 avril 2016 concernant l'approbation de la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités (Convention des Nations Unies sur la transparence) (FF 2016 3879).

<sup>32</sup> RS 0.975.236.0

### 1.3.3 Champs d'action déterminants pour le développement des accords

La Suisse vise des réformes à plusieurs niveaux. D'un côté, il s'agit d'adapter aux développements internationaux les éléments servant de base aux négociations de nouveaux API. Ces dernières années, elle a ainsi continuellement revu son approche de négociation et continuera sur cette voie (cf. ch. 1.3.2). D'un autre côté se pose la question de l'adaptation à ces développements des API qui ne sont pas complètement à jour. Les sections ci-après présentent les différentes mesures envisageables, qui se complètent mutuellement.

#### Renégociation ou révision des API

En concluant de nouveaux API, la Suisse remplace des API en vigueur ou comble des lacunes dans son réseau d'accords (cf. ch. 8.1.1). A l'heure actuelle, elle mène des négociations avec plusieurs Etats partenaires (p. ex. Malaisie et Mexique) afin de remplacer d'anciens API par de nouveaux accords. Les négociations avec de nouveaux partenaires (p. ex. Bahreïn) ne sont aujourd'hui pas prioritaires, étant donné que le réseau d'API de la Suisse est déjà très étendu. De nouvelles lacunes sont apparues ces dernières années après que quatre Etats (Afrique du Sud, Équateur, Inde et Indonésie) ont dénoncé leur API notamment avec la Suisse. La Suisse entend négocier de nouveaux API avec ces Etats afin de remédier à l'insécurité juridique qui en a découlé.

La conclusion de nouveaux API ou la révision d'API existants est devenue plus complexe au fil des ans et nécessite parfois plus de temps et de ressources. De fait, la plupart des Etats disposent aujourd'hui d'une plus grande expérience en la matière et intègrent souvent dans les négociations les leçons tirées des procédures d'arbitrage fondées sur des API avec d'autres partenaires. Au lieu de procéder à une vaste révision d'un accord en vigueur, il serait envisageable de remplacer uniquement les dispositions qui appellent une révision. Toutefois, l'expérience montre que la majorité de ces négociations finissent par donner lieu à de nouvelles négociations de grande ampleur.

Dans cette perspective, la Suisse renouvellera progressivement son réseau d'API, qui compte environ 120 accords conclus sur plus de 30 ans, en fonction des ressources disponibles. L'ordre de priorité des partenaires de négociation est établi selon les critères suivants: le poids économique du pays partenaire, la nécessité d'une protection juridique accrue pour les investisseurs suisses (p. ex. s'il n'existe aucun API ou si l'API en vigueur est lacunaire), la volonté et la disposition du pays partenaire à négocier, et les synergies possibles avec des négociations menées parallèlement en vue de la conclusion d'un accord de libre-échange. Ces synergies peuvent résulter de la dynamique liée à la négociation concomitante de plusieurs accords, mais également du fait que les mêmes délégués participent aux deux négociations, ce qui permet d'économiser des ressources.

Dans le cas des nouvelles négociations, la Suisse attache une grande importance à la cohérence entre les API et les autres domaines politiques ainsi que les objectifs du développement durable. Même si les API constituent des accords spéciaux visant à protéger les investissements internationaux, il convient de veiller, lors des négocia-



tions et de l'application des accords, à ce que la protection des investissements ne se fasse pas aux dépens d'autres objectifs politiques. Par exemple, les API doivent être compatibles avec les ODD. Concrètement, cette obligation signifie que, lorsqu'il applique ou interprète un API, un tribunal arbitral doit prendre en considération et mettre en balance les différents objectifs politiques en jeu. Dans le but de renforcer la cohérence des politiques et de souligner l'importance de cette approche pour les investissements internationaux, les API peuvent renvoyer à des cadres de référence pertinents au niveau mondial, comme l'Agenda 2030 de développement durable, les ODD et des normes relatives à la RSE.

### **Déclarations communes des Etats parties**

Les Etats parties peuvent, par le biais d'une interprétation commune sous forme de déclaration publique, préciser l'interprétation d'une disposition spécifique. Il s'agit là d'une possibilité simplifiée pour préciser un accord, puisqu'elle ne nécessite pas d'adaptation formelle de l'API. Toutefois, elle ne permet pas de modifier le contenu d'une disposition. Ce procédé peut être utile lorsque les Etats parties s'entendent sur la nécessité de clarifier certaines dispositions et que l'accord n'a par ailleurs pas besoin d'être révisé en profondeur. L'interprétation commune a un effet juridique direct si l'API prévoit explicitement qu'elle est contraignante pour les tribunaux arbitraux. Dans le cas contraire, les tribunaux arbitraux sont libres de décider du poids qu'ils lui accordent par rapport à d'autres aspects. Ce type d'interprétation n'est pour l'heure pas prévu explicitement dans les API de la Suisse. Cette dernière s'attachera à intégrer cette option dans ses futurs API. Pour chaque accord en vigueur, elle examinera en outre si une interprétation commune pourrait être envisagée, éventuellement à titre temporaire, en lieu et place d'une révision de l'accord.

### **Processus multilatéraux**

Etant donné que le mécanisme d'arbitrage entre investisseurs et Etats se fonde largement sur des accords multilatéraux, comme la convention CIRDI (cf. ch. 1.2.2), les efforts de révision devraient être surtout consentis à ce niveau. Les processus multilatéraux, dont les résultats sont applicables à un grand nombre d'Etats et d'accords, sont plus efficaces que l'adaptation des API bilatéraux.

Le règlement de la CNUDCI sur la transparence est un bon exemple. Ce règlement est aujourd'hui largement accepté et son influence va en grandissant, étant donné qu'il a été mis au point dans le cadre d'un processus de négociation ouvert et universel. Les Etats parties qui négocient un API bilatéral peuvent aujourd'hui renvoyer à ces règles multilatérales au lieu de consacrer des ressources à l'établissement de leur propre règlement. De plus, lorsqu'un Etat adhère à la convention de Maurice (cf. ch. 1.3.2), tous ses API en vigueur sont automatiquement soumis au nouveau régime de transparence, sans qu'il soit besoin de modifier chaque accord individuellement. Ce type d'effort collectif permet donc d'adapter de façon relativement simple les accords en vigueur.

Sur l'initiative de l'UE et du Canada, un processus multilatéral a été lancé en 2016 concernant une vaste réforme institutionnelle des procédures d'arbitrage entre investisseurs et Etats. Il s'agira notamment d'examiner l'opportunité d'instituer un tribunal multilatéral permanent des investissements doté d'un organe d'appel, qui serait

institué par les Etats et qui remplacerait les tribunaux d'arbitrage ad hoc actuels (cf. ch. 1.2.3). Les sentences arbitrales sont aujourd'hui définitives et ne peuvent être contestées dans le cadre d'une procédure de révision qu'en cas d'erreurs de procédure spécifiques. La mise en place d'une institution permanente assortie d'un organe d'appel pourrait contribuer à une interprétation plus uniforme des API et renforcer ainsi la sécurité juridique pour les investisseurs et les Etats. La Suisse, qui soutient ce processus, a organisé avec la CNUDCI une conférence d'experts en mars 2017 à Genève. A la suite de cette conférence, la CNUDCI a décidé, en juillet, d'approfondir les travaux de fond dans le cadre d'un groupe de travail, avec pour objectif d'ouvrir un processus de négociation en 2018.

La CNUCED analyse les conséquences des API sur les pays en développement et promeut l'amélioration des compétences et des capacités techniques dans ces pays. La Suisse participe à ces travaux multilatéraux qui visent à soutenir les pays en développement dans le renforcement des capacités requises pour les négociations d'API et les procédures d'arbitrage entre investisseurs et Etats dont ils font l'objet.

## 1.4 Conclusion

Les investissements internationaux sont essentiels pour le développement économique de la Suisse et de ses partenaires. Toutefois, ils comportent souvent des risques politiques considérables. Grâce aux garanties qu'ils offrent et à leur mécanisme d'application, les API constituent un instrument précieux pour réduire ces risques. Les procédures d'arbitrage entre investisseurs et Etats ont globalement fait leurs preuves. Plusieurs cas confirment leur utilité pour les investisseurs suisses, même si, en raison des frais élevés qu'elles entraînent, elles ne sont généralement utilisées qu'en dernier recours et lorsque les différends impliquent des dommages financiers importants.

Bien que les critiques formulées à l'encontre de la protection des investissements internationaux ne soient que partiellement fondées, plusieurs aspects de cette protection pourraient être améliorés. La Suisse participe à différentes mesures pour développer le système et, ce faisant, améliorer son acceptation au niveau international. Concrètement, elle vise à préciser certaines dispositions importantes des API, à renforcer la sécurité juridique et à accroître la prévisibilité lors de l'application des accords. Il convient également de réformer les procédures d'arbitrage entre investisseurs et Etats en augmentant la transparence, en évitant les conflits d'intérêts et en encourageant une institutionnalisation accrue. Pour atteindre ces objectifs, la voie multilatérale est la plus appropriée, car elle permet de répondre aux besoins de réforme par des solutions à large échelle. La Suisse accorde la priorité aux travaux menés au niveau multilatéral, tout en renouvelant progressivement son réseau d'API.

La mondialisation croissante des chaînes de valeur et la numérisation de l'économie confirment l'importance de renforcer la sécurité juridique (p. ex. dans la protection des données) par la protection des investissements. Cela étant, les API doivent tenir compte de la cohérence des politiques et respecter la marge de manœuvre politique, particulièrement des pays en développement, pour la mise en place d'une politique d'investissement propice au développement et la réalisation des ODD.