

Berne, 30 janvier 1976

Note à Monsieur P. Saladin

In/bn 220.0
754.3.1
722

Accords de protection
des investissements

Tu m'as demandé, il y a quelque temps déjà, de me livrer à un examen de l'application concrète des accords bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements, de faire le point de la situation et d'apporter certaines suggestions susceptibles d'alimenter le débat qui s'est ouvert sur cette question au sein du Groupe ad hoc Nord-Sud de l'OCDE. Je te livre ci-après quelques réflexions à ce sujet.

1. Liste des accords de protection d'investissements
conclus par la Suisse

La Suisse a conclu à ce jour 27 accords de protection des investissements ou qui contiennent une clause de protection des investissements. Dans l'ordre chronologique de leur conclusion, il s'agit des accords avec les pays suivants :

- 2 -

| <u>Pays cocontractant</u> | <u>Date de signature</u> | <u>Date d'entrée en vigueur</u> |
|-------------------------------|--------------------------|---------------------------------|
| Tunisie | 2.12.61 | 19. 1.64 |
| Niger | 28. 3.62 | 17.11.62 |
| Guinée | 26. 4.62 | 29. 7.63 |
| Côte d'Ivoire | 26. 6.62 | 18.12.62 |
| Sénégal | 16. 8.62 | 13. 8.64 |
| République populaire du Congo | 18.10.62 | 11. 7.64 |
| Cameroun | 28. 1.63 | 6. 4.64 |
| Libéria | 23. 7.63 | 22. 9.64 |
| Rwanda | 15.10.63 | 15.10.63 (prov.) |
| Togo | 17. 1.64 | 9. 8.66 |
| Madagascar | 17. 3.64 | 31. 3.66 |
| Malte | 20. 1.65 | 23. 2.65 |
| Tanzanie | 3. 5.65 | 16. 9.65 |
| Costa Rica | 1. 9.65 | 18. 8.66 |
| Dahomey | 20. 4.66 | 6.10.73 |
| Honduras | 20. 7.66 | - |
| Tchad | 21. 2.67 | 31.10.67 |
| Equateur | 2. 5.68 | 11. 9.69 |
| Haute Volta | 6. 5.69 | 15. 9.69 |
| Corée du Sud | 7. 4.71 | 7. 4.71 |
| Ouganda | 23. 8.71 | 8. 5.72 |
| Gabon | 28. 1.72 | 18.10.72 |
| Zaire | 10. 3.72 | 10. 5.73 |
| République Centrafricaine | 28. 2.73 | 4. 7.73 |
| Egypte | 25. 7.73 | 4. 6.74 |
| Indonésie | 6. 2.74 | 6.2. 74 (prov.) |
| Soudan | 17. 2.74 | 14.12.74 |

L'immense majorité de ces accords a donc été conclue avec des pays du continent africain (21). Trois accords ont été signés avec des pays d'Amérique centrale (Costa-Rica, Honduras, Equateur), deux avec des pays d'Asie (Corée du Sud et Indonésie) et un avec un pays européen (Malte).

2. Accords envisagés

La conclusion d'accords de même type a été envisagée avec un nombre de pays assez important. Pour des raisons diverses, les négociations n'ont toutefois pas abouti. Ainsi, des propositions émanant de la Suisse ont été faites en Asie, au Liban, à la Malaisie, aux Philippines, à Singapour et à la Thaïlande. Sans récolter beaucoup de résultats. Le Pakistan a, en revanche, accepté, il y a quelque temps, de signer un tel accord avec la Suisse, et des négociations sont actuellement en cours. En ce qui concerne les pays exportateurs de pétrole, nos approches vers l'Arabie séoudite, l'Irak, le Koweït et les Emirats arabes sont restées ignorées. En revanche, dans l'aire géographique du Moyen-Orient, des négociations sont en cours avec la Jordanie et l'on pourrait envisager, à plus long terme, la conclusion d'un accord de ce type avec l'Iran. En Afrique, la Division du Commerce prépare actuellement une proposition au Conseil fédéral, l'autorisant à entreprendre des négociations avec la Mauritanie. Aucun accord n'existe ni n'est envisagé avec l'Algérie et le Maroc, deux pays avec lesquels nous avons un contentieux en cours, ou la Libye. Il y a déjà une dizaine d'années, des négociations, qui avaient presque été menées à terme, avaient eu lieu avec le Kenya; d'autre part, des propositions qui sont restées lettre morte, avaient été faites à la Zambie et à l'Ethiopie. En Afrique occidentale, le Nigéria et le Ghana ont répondu négativement à nos offres en faisant valoir qu'ils considéraient de tels accords comme un reliquat de l'époque coloniale.

Il est ainsi intéressant de relever ici que les propositions de conclure de tels accords ont rencontré de manière générale beaucoup plus de succès dans les pays africains francophones que dans ceux de langue anglaise.

En Amérique latine, nous avons proposé à quasiment tous les pays la conclusion de tels accords. Les grands pays ont rejeté

nos propositions en faisant valoir que leur législation nationale présentait des garanties suffisantes pour les investisseurs étrangers - ce qui n'est pas dénué de tout fondement si l'on pense que nos investissements au Brésil sont les plus importants de tous nos investissements dans les pays en voie de développement -. Les plus petits pays se sont retranchés derrière leurs législations nationales respectives en matière de devises pour nous répondre également de manière négative.

En conclusion à ce taux d'horizon, il sied de relever que les réactions des pays en développement à nos offres en la matière sont loin d'être uniformes et que nous avons plutôt pu conclure des accords avec des pays dans lesquels les intérêts de nos investisseurs sont mineurs.

3. Cas de nationalisation ou d'expropriation de biens suisses

Les cas de nationalisation ou d'expropriation de biens suisses ont été relativement nombreux dans les trente dernières années. Il sied d'emblée de remarquer que le plus souvent, les contentieux en question n'étaient pas couverts par un accord de protection des investissements. Quand ils l'étaient, les résultats des transactions qui ont suivi les nationalisations n'ont pas forcément été plus favorables pour nos nationaux. Ainsi, de manière empirique, on pourra dire que l'indemnisation effective dont ont pu jouir nos nationaux n'a pas été fonction de l'existence d'un lien contractuel relatif à la protection des investissements entre la Suisse et le pays qui a procédé à des nationalisations.

A) Pays avec lesquels nous sommes liés par un accord de protection des investissements

Sans par trop entrer dans les détails, on peut dire de manière générale que les négociations relatives à l'indemnisation à la suite de nationalisation ou d'expropriation avec des pays

avec lesquels nous avons un lien contractuel en matière de protection des investissements n'en ont pas été facilitées pour autant. Au contraire, ils sont très décevants. Les cas des nationalisations en Tanzanie et au Zaïre sont assez connus pour qu'il suffise ici de les citer. Ce sont d'ailleurs les seuls exemples qui aient permis du côté suisse d'invoquer les dispositions d'accords de protection des investissements. En effet le contentieux avec l'Égypte a été réglé avant la conclusion de l'accord de protection des investissements. Il en fut de même en ce qui concerne le contentieux soudanais.

Ainsi les exemples pratiques démontrant que l'existence d'un lien contractuel a effectivement facilité le règlement d'un contentieux font totalement défaut.

B) Contentieux avec des pays avec lesquels nous n'avons pas conclu d'accord de protection des investissements

Ces contentieux sont de loin les plus nombreux. Certains se sont déroulés de manière satisfaisante, d'autres au contraire ne l'ont pas été ou sont encore en cours. Il n'est donc pas possible de tirer de ces exemples une conclusion valable de manière générale.

A titre d'exemple, je relèverai les contentieux avec Cuba, avec l'Égypte, ceux avec le Pérou et le Chili qui ont somme toute été liquidés de façon assez satisfaisante. En revanche, la section des accords d'indemnisation du DPF traite toujours des atteintes à des intérêts suisses en Algérie, en République démocratique allemande, au Maroc, en URSS, et de dommages consécutifs à la guerre au Vietnam ou à l'indépendance du Zaïre, sans que la situation dans aucun de ces cas ne laisse présager que des résultats concrets pourront bientôt permettre la clôture des dossiers.

4. L'utilité, dans les cas concrets, des accords de protection des investissements

Malgré les exemples qui précèdent, qui incitent à porter une appréciation prudente, voire réservée, sur l'utilité pratique des accords de protection des investissements, on ne saurait les considérer comme totalement inutiles. En effet, le bref examen des cas concrets auquel j'ai procédé fait apparaître les difficultés d'une trop grande généralisation. Cette réserve apportée, on peut tout de même essayer d'en tirer certaines conclusions.

A) Appréciation générale

La première remarque qui s'impose est de constater que l'utilité des accords de protection des investissements dépend en fait totalement du choix des pays avec lesquels nous les concluons. Si nous voulons atteindre un certain degré d'efficacité, il est inutile de les multiplier de façon aveugle; au contraire, il semble préférable de procéder de manière sélective et d'apporter une évaluation minutieuse des intérêts réciproques, de la situation économique-politique du partenaire envisagé, de son attitude générale vis-à-vis des normes du droit international à la clef. Il faut toutefois relever que de l'avis de nombreux services intéressés, il semble préférable, malgré les expériences peu heureuses qui ont pu être faites, de chercher autant que possible à conclure de tels accords plutôt que de se trouver devant un vide juridique, bien qu'il ne faille pas sur la base des expériences antérieures en attendre des résultats époustouflants.

Car en fin de compte, l'état cocontractant se sent tout de même quelque peu mal à son aise si en cas de nationalisation, nous pouvons fonder notre prétention à une indemnisation sur un instrument qu'il a dûment signé et ratifié. Ceci dit, il s'avère indispensable, lors de la conclusion de tels accords, de veiller à éviter l'éclosion d'un double malentendu. Le malentendu peut en effet surgir d'une part entre les parties contractantes qui le plus souvent recherchent à travers ces

accords deux buts presque opposés. Ainsi le pays en développement n'y voit que le côté encouragement aux investissements alors que le pays industrialisé est obnubilé par l'élément protection des investissements. De manière concrète, il s'agira donc de rendre attentif notre cocontractant, au cours des négociations, aux obligations qu'il sera appelé cas échéant à assumer.

Le malentendu peut d'autre part s'introduire dans l'esprit des investisseurs potentiels suisses dans le pays en développement. Pour éviter cela, il faut qu'ils soient rendus expressément attentifs à la portée d'un tel accord, qu'ils ne soient pas dangereusement induits en erreur sur la protection effective dont pourront jouir leurs investissements.

Un tel accord ne constitue en effet nullement une garantie individuelle pour nos compatriotes et leurs investissements dans le pays considéré, ce qu'ils ont par trop tendance à perdre de vue. Dans cette optique d'information des cercles intéressés, il faut à tout prix éviter de recourir au truquage de protocoles additionnels non publiés, tel que cela fut le cas par exemple pour notre accord avec la Tanzanie. Ceux-ci peuvent en effet restreindre la portée de l'accord considéré et introduire de ce fait un élément d'insécurité juridique qui peut se révéler particulièrement lourd de conséquences pour nos investisseurs.

B) L'utilité des accords de protection des investissements
de l'avis des investisseurs potentiels suisses

Il me suffira ici de citer le dernier paragraphe de la lettre que le Groupement de holdings industrielles suisses a envoyée à la Division du Commerce en date du 12 décembre 1975 :

" Auch bei dieser Gelegenheit möchten wir wiederum unser grosses Interesse bekunden, dass die schweizerischen Behörden und diplomatischen Vertretungen mit allen grundsätzlich verhandlungswilligen Ländern die Bemühungen zum

Abschluss von Investitionsschutzabkommen weiterhin intensiv fortsetzen. Insbesondere auch bei Verhandlungen über Handelsverträge, Niederlassungsabkommen und Rahmenabkommen über technische Hilfe sollte immer versucht werden, diese Verhandlungen mit solchen über den Investitionsschutz zu verbinden. Wir danken allen beteiligten Bundesstellen und diplomatischen Vertretungen verbindlich für ihre Bemühungen in dieser Richtung. "

5. Résultats de la recherche entreprise par Monsieur Schärer

Monsieur Schärer a entrepris une recherche pour déterminer quelles améliorations matérielles et formelles pourraient être apportées au contenu d'un accord-type que nous pourrions conclure avec d'autres pays en développement. Il est en train de préparer un nouveau texte-modèle sur la base des remarques qui lui ont été faites. M. Schärer m'a assuré qu'il t'en fera parvenir un exemplaire avec ses observations éventuelles dès qu'il aura mis un point final à son étude.

6. Eléments de réflexion et informations additionnelles pour un débat au sein du Groupe ad hoc Nord-Sud de l'OCDE

- A) Il ne faudrait pas perdre de vue au cours des discussions au sein du Groupe Nord-Sud les expériences en général peu encourageantes que nous avons faites avec les accords de protection des investissements et insister notamment dans nos prises de position sur les difficultés relevées ci-dessus sous point 4, lettre A).
- B) L'examen des instruments d'action multilatéraux envisageables dans le domaine de la protection des investissements devrait concourir à améliorer l'efficacité des accords bilatéraux. Or, il semble que les lacunes dans ce domaine ne proviennent pas tant d'insuffisances juridiques que du manque de volonté politique et de possibilité matérielle de la part des pays en développement de s'en tenir aux

dispositions juridiques prévues. Il faudrait rendre nos partenaires de l'OCDE attentifs à ce problème qui illustre l'importance que revêt le choix du cocontractant. En fait, on peut dire que notre modèle d'accord bilatéral, s'il était vraiment appliqué, donnerait certainement satisfaction dans ses grandes lignes.

- C) Dans un souci de clarté vis-à-vis des pays en développement et pour éviter les malentendus, l'instrument-cadre multilatéral qui pourrait être envisagé devrait être le plus clair possible, ne contenir que les dispositions indispensables et ne pas lier comme cela a été fait dans de nombreux cas, la protection des investissements à l'octroi de coopération technique. Il est en effet inutile de "donner un sucre" aux pays en développement hésitants, car mieux vaut ne conclure ces accords qu'avec des pays ayant la ferme volonté politique de le faire et étant en mesure de faire face aux obligations qui en découlent.
- D) Si l'on pense aux possibilités offertes par les arrangements triangulaires qui sont également étudiées dans le cadre de l'OCDE, on relèvera que pour la promotion des accords de protection des investissements, nous pouvons peut-être trouver des alliés en la personne des pays producteurs de pétrole qui, pour des investissements et des entreprises d'un genre bien entendu différent, pourraient manifester un intérêt comparable à celui des pays industrialisés en matière d'accords de protection des investissements.
- E) Pour terminer, j'aimerais relever que trois pays en développement ont mentionné la question des investissements dans les interventions faites par leurs ministres à la CCEI, les 16 et 17 décembre 1975 à Paris. Il s'agit du Mexique, dont le représentant a dit : "Il nous faut définir des normes qui rendent compatibles les intérêts de l'investissement international privé et du transfert des techniques avec les intérêts

nationaux des pays bénéficiaires"; du Cameroun, dont le représentant s'est exprimé en ces termes : "Il est également souhaitable que sur le plan international des mesures concrètes soient prises de nature à stimuler les investissements privés dans les pays en développement"; et, de façon étonnante, le Zaire, dont la délégation a dit : "Aujourd'hui (....) le Zaire est un endroit où tout étranger peut investir s'il respecte les lois de notre pays. Cependant, tout investisseur étranger devra le faire en association avec des Zairois de son choix. L'Etat se réserve bien entendu tous les grands moyens de production ainsi que l'exploitation du sol et du sous-sol qui peut néanmoins être faite en collaboration avec les autres Etats ou des privés".

R.S. Imhoof

Copie :

M. P. Barraz, DPF
M. Cl. Huguenin, DPF) avec mes remerciements pour votre
M. A. Ruegg, DPF) collaboration !

MM. Ja, R, Schä, Sti, Bg, Zo/circ., Ih