



Berne, 18 mars 2021

Réponse de la Suisse au questionnaire du Groupe de travail des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme concernant les accords internationaux d'investissement (All) compatibles avec les droits de l'homme

Vous trouverez ci-dessous les réponses de la Suisse concernant les questions posées dans les différentes sections :

Obligation de protéger les droits de l'homme incombant à l'Etat

Question 1: Le Plan d'action national de la Suisse 2020–2023¹ du Conseil fédéral pour la mise en œuvre des Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme du 15 janvier 2020 prévoit dans sa mesure 9 que des références aux droits de l'homme, à la conduite responsable des entreprises ou au droit de réglementer soient intégrées dans les accords de protection des investissements bilatéraux (API) et les accords de libre-échange (ALE).

Question 2: Les API et les ALE de la Suisse sont soumis à un processus interministériel en amont et en aval des négociations. En amont, le mandat de négociation fait l'objet d'une consultation interministérielle et des commissions compétentes du Parlement. Les cantons suisses sont aussi consultés. En aval, une procédure similaire est prévue en vue de la signature de ces accords et de leur approbation par le Parlement. Le message du Conseil fédéral au Parlement qui rend compte du résultat négocié contient notamment des parties dédiées à la compatibilité de ces accords avec les obligations internationales de la Suisse ainsi qu'à leurs éventuelles conséquences sociales et environnementales.

Question 3: Dans le cadre des négociations d'ALE, la Suisse s'engage en faveur de dispositions destinées à assurer la cohérence entre les objectifs économiques et ceux du développement durable (chapitre « Commerce et développement durable »). Les dispositions de durabilité ont été renforcées en 2020, avec notamment l'introduction de références aux Objectifs de développement durable des Nations Unies, des dispositions spécifiques en matière de commerce et changement climatique, ainsi que des dispositions sur l'égalité des genres. Les instruments internationaux de protection des droits de l'homme ainsi que les principes de la conduite responsable des entreprises sont également réaffirmés. De plus, ces accords contiennent une clause standard prévoyant que les ALE n'entravent pas ou ne remettent pas en question les engagements découlant d'autres instruments internationaux auxquels les parties sont liées, y inclus ceux en matière de droits de l'homme.

Ces dernières années, la Suisse a développé de manière continue sa pratique en matière d'API en tenant compte notamment des travaux menés au sein d'organismes internationaux spécialisés. Un groupe de travail interne à l'administration suisse a élaboré de nouvelles dispositions visant à renforcer la cohérence entre les API et les objectifs de 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 conduite responsable des entreprises 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 matière de santé, de sécurité, de conditions de travail et d'environnement ne peut pas être abaissé dans le but d'encourager les investissements. Une autre disposition nouvelle confirme explicitement le droit des 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, tels que la non-discrimination et la proportionnalité. Ces dispositions visent à éviter que les API ne 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 de promouvoir les investissements directs étrangers tout en réglementant davantage. Les API ne doivent pas entraver ces efforts.

Question 4: Les API et les ALE ne contiennent pas de dispositions spécifiques pour des investissements dans des zones économiques spéciales ou dans des zones de conflit et d'après-conflit.

¹ Cf. www.nap-bhr.admin.ch

Question 5: La Suisse fait partie des dix principaux exportateurs de capitaux au monde, raison pour laquelle elle est tributaire d'un environnement favorable pour les investissements internationaux. La mondialisation croissante des chaînes de valeur et la numérisation de l'économie renforcent également l'importance des structures transfrontalières pour les petites et moyennes entreprises. L'engagement de capitaux à long terme à l'étranger qui en découle augmente le besoin d'une protection des conditions-cadre offerte par un accord international. Dans ce contexte, les API constituent un instrument précieux pour renforcer la sécurité juridique à l'échelle internationale.

Ces dernières années, les API et les tribunaux arbitraux qui leur sont associés ont fait l'objet d'un nombre croissant de critiques et certains pays ont dénoncé leurs API. La Suisse reconnaît que des aspects de ces accords devraient être révisés, raison pour laquelle elle revoit régulièrement sa pratique en la matière depuis plusieurs années. Au niveau international, la Suisse a participé aux travaux visant à renforcer la transparence, qui ont abouti à l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités (Convention de Maurice). Actuellement, elle participe activement aux travaux menés par le Groupe de travail III de la CNUDCI portant sur une réforme du règlement des différends entre investisseurs et Etats; ce groupe de travail examine différentes options de réforme, parmi lesquelles la création d'un tribunal multilatéral en matière d'investissement ou d'un mécanisme d'appel.

Question 6: La Suisse est d'avis que le cadre actuel des API offre aux États une souplesse réglementaire suffisante. Ainsi il n'y a pas lieu de modifier ce cadre en raison de la survenance de la pandémie COVID-19 (cf. également la réponse à la question 7).

La responsabilité des investisseurs de respecter les droits de l'homme

Question 7: Il convient de noter que les obligations mentionnées dans la réponse à la question 3 (ci-dessus) n'existent qu'entre les États contractants. Les API ne sauraient contenir des obligations envers les investisseurs, dès lors que ces derniers ne sont pas parties à ces accords. La Suisse est d'avis qu'il incombe aux États contractants de promulguer des lois et règlements contraignants pour les investisseurs admis sur leur territoire.

Question 8: 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. 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. Dans le cadre de leurs activités dans leur pays ou à l'étranger, les entreprises sont tenues de respecter non seulement leurs obligations légales mais encore les normes reconnues internationalement en matière de RSE. La Suisse s'engage activement dans la définition et la promotion de ce type de normes et y renvoie dans ses API.

Question 9: De nouvelles dispositions dans le Code des obligations prévoient l'obligation de faire rapport sur les questions non financières pour les grandes entreprises publiques et les institutions financières. Ceci inclut les droits de l'homme, de manière similaire à la Directive de l'UE 2014/95/UE. Il s'agit notamment de rendre compte des risques matériels et des mesures prises, y compris des procédures de diligence mises en œuvre concernant également les sociétés contrôlées et les relations d'affaires, ainsi que leurs produits et services. Le rapport doit être approuvé par l'organe chargé d'approuver les comptes annuels. Une amende est prévue en cas d'inobservation des prescriptions relatives à l'établissement du rapport.

En outre, un devoir de diligence et de notification est introduit pour les entreprises qui importent en Suisse ou qui traitent en Suisse des minéraux ou des métaux composés d'étain, de tantale, de tungstène ou d'or provenant de zones de conflit et de zones à haut risque. Il en va de même pour les entreprises qui proposent des produits ou des services pour lesquels il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'ils ont été fabriqués ou fournis en faisant appel au travail des enfants.

Question 10: Il n'existe pas de mesure spécifique de ce genre en ce qui concerne les activités des investisseurs au-delà des mesures mentionnées à la réponse 9.

L'accès à des voies de recours

Question 11: Les API et les ALE ne comprennent pas de processus ou des mécanismes permettant aux personnes ou aux communautés affectées de demander réparation, dans les pays d'accueil ou d'origine, contre les investisseurs pour des violations des droits de l'homme liées à des projets d'investissements.

Question 12: À ce jour, la Suisse n'a eu à faire qu'à une procédure d'arbitrage à son encontre. Elle n'a pas déposé des demandes reconventionnelles.

Question 13: Un 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^{er} avril 2014, il prévoit de rendre publics tous les documents importants relatifs à la procédure. 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).

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 le 18 avril 2017. Dans ses nouveaux API, elle intègre depuis 2014 une disposition prévoyant l'application du règlement de la CNUDCI sur la transparence à l'ensemble des procédures d'arbitrage investisseur-Etat prévues par l'accord (c.à.d. que ces procédures se déroulent selon le règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou selon d'autres règles d'arbitrage telles que celles du CIRDI).

Question 14: Le Plan d'action national de la Suisse 2020–2023 pour la mise en œuvre des Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme explique dans la section 2.3.4 «Mécanismes de réclamation ne relevant pas de l'État» que les entreprises suisses, en particulier celles qui sont très exposées à des risques en matière de droits de l'homme, devraient mettre en place des mécanismes de réclamation internes appropriés afin que les victimes puissent accéder à une réparation. Dans le but de garantir leur efficacité, il convient que ces mécanismes soient légitimes, accessibles, prévisibles, équitables, transparents et compatibles avec le droit suisse, et qu'ils constituent une source d'apprentissage pour toutes les parties prenantes. Le Conseil fédéral considère la promotion de mécanismes de réclamation dans le cadre d'initiatives multipartites comme un instrument important pour promouvoir l'accès à la réparation. La mesure 35 du Plan d'action national susmentionné prévoit que la Confédération étudiera l'opportunité d'associer les associations professionnelles des magistrats, des avocats et des juristes aux initiatives multipartites dans le domaine des entreprises et des droits de l'homme afin d'identifier les améliorations possibles pour l'accès à des voies de recours conformément aux Principes directeurs de l'ONU.

Bonnes pratiques

Question 15: 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, ces procédures 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 à la réalisation des objectifs de développement durable.

Personne de contact : Secrétariat d'Etat à l'économie SECO, Investissements internationaux et entreprises multinationales, Nadja Meier, nadja.meier@seco.admin.ch