

Accomex

Analyse et réflexion sur les marchés extérieurs

numéro 113



ASIE DU SUD-EST

Une région plurielle en mutation



CCI PARIS ILE-DE-FRANCE

Protection des investissements en Asie du Sud-Est : vers l'harmonisation ?

Les cinq plus grosses économies de la région (Indonésie, Thaïlande, Malaisie, Singapour, Philippines) ont reçu, en 2013, un montant d'investissement direct étranger (IDE) supérieur à celui reçu par la Chine (128,4 milliards de dollars contre 117,6). Surtout, ces cinq pays pris ensemble ont enregistré une croissance de 7 % des IDE, contre un recul de 3 % pour leur grand voisin. Plusieurs facteurs peuvent expliquer cette tendance : hausse du coût du travail et, de manière générale, des coûts de production chinois, couplée sans doute avec la perception diffuse d'une « montée des périls » en Chine (tensions militaires avec les pays voisins, pollution, insécurité alimentaire, etc.). Par ailleurs, l'ACFTA (ASEAN - China Free Trade Agreement) permet aujourd'hui de produire en Asie du Sud-Est et d'exporter vers la Chine quasiment 90 % de produits à un taux de droits de douane proche de zéro. Marché significatif, l'ASEAN est ainsi de plus en plus perçue comme une base de production alternative au marché chinois. Si l'on y ajoute la proximité de l'Inde et l'existence d'un accord bilatéral de libre-échange avec ce pays, force est de constater que l'ASEAN, après une période de relatif délaissement, revient clairement au centre du jeu asiatique.

Olivier Monange

monange@dsavocats.com

Olivier Monange est associé dans le cabinet *Ds Avocats*. Il travaille avec l'Asie depuis 1986, particulièrement avec la Chine où il a vécu huit ans, mais aussi avec l'Inde, le Vietnam et Singapour. Il a accompagné de nombreuses entreprises françaises dans leur implantation en Asie. Il est un spécialiste des IDE, des contrats internationaux et de l'arbitrage (arbitre à la *Chambre de Commerce Internationale (CCI)* et à la *China International Economic and Trade Arbitration Commission - CIETAC*). Il est également Conseiller du Commerce Extérieur de la France.

L'ASEAN : DIVERSITÉ DES ENVIRONNEMENTS JURIDIQUES

Il n'existe pas un degré uniforme de sécurité juridique dans l'ASEAN. En l'absence de cadre législatif unifié (à l'exception de l'accord *ACIA - ASEAN Comprehensive Investment Agreement*), chaque État a donc développé sa propre législation vis-à-vis des IDE. L'ASEAN offre ainsi autant de paysages différents que de pays qui la composent. Au-delà des typologies (1), on s'aperçoit que cette diversité résulte de l'histoire de chaque pays, qui explique le degré d'ouverture aux investissements étrangers (2) et le niveau des garanties offertes (3). Enfin, on évoquera plus particulièrement la situation en matière de propriété intellectuelle (4).

Essai de typologies

On peut tenter plusieurs typologies fondées sur les distinctions suivantes :

Existence plus ou moins affirmée d'un État de droit

L'appréciation de l'existence d'un État de droit (*Rule of law*, par opposition au *Rule by laws* souvent rencontré

dans la région) passe par l'affirmation de la loi comme norme suprême et par un pouvoir judiciaire indépendant capable de sanctionner les atteintes à la loi, notamment celles commises par le pouvoir exécutif. C'est le principe de la séparation des pouvoirs cher à nos démocraties.

Ce critère conduit généralement à éliminer de la catégorie des pays pouvant prétendre à la qualification d'« État de droit », les pays « d'inspiration socialiste » et tous les pays où les juges restent sous influence. À l'opposé, Singapour s'affiche comme le modèle de l'État de droit par excellence dans la région.

Pays de common law ou de droit continental

On retrouve dans l'ASEAN la cohabitation des deux grands systèmes juridiques connus dans le monde : d'une part, la *common law*, où la jurisprudence s'affiche comme la principale source du droit, d'autre part, le droit continental s'appuyant essentiellement sur la règle écrite.

La *common law* régit les pays qui sont d'anciennes colonies britanniques, tels que Singapour, la Malaisie ou le Myanmar, tandis que le droit continental prévaut

dans les pays de l'ancienne Indochine française, mais aussi en Indonésie, en Thaïlande et aux Philippines.

Cette distinction n'est pas neutre pour l'investisseur étranger, notamment français, qui doit être conscient que, dans les pays de *common law*, la règle de droit écrite est moins développée et qu'elle ne suppléera pas forcément le contrat en cas de silence de celui-ci : ceci oblige à rédiger des contrats beaucoup plus exhaustifs que dans le système de droit continental.

Pays d'inspiration socialiste ou libérale

Même si, à l'exemple de la Chine, il n'existe plus aujourd'hui véritablement d'économies socialistes dans la région, l'histoire de pays comme le Vietnam ou le Laos laisse subsister des législations d'inspiration socialiste qui peuvent se traduire notamment par un contrôle accru des investissements étrangers.

Le degré d'ouverture des pays de l'ASEAN aux IDE

Il convient d'abord de relever que l'ensemble des pays de l'ASEAN sont membres de l'*Organisation Mondiale du Commerce* (OMC), la plupart en tant que membres fondateurs, trois pays ayant rejoint l'OMC dans la dernière décennie : le Cambodge le 13 octobre 2004, le Vietnam le 11 janvier 2007 et le Laos le 2 février 2013.

Compte-tenu des engagements d'ouverture des économies nationales qu'implique l'adhésion à l'OMC, cela traduit le degré d'ouverture important de l'ASEAN aux investissements étrangers, même si, bien entendu, des réserves ont pu être formulées par chacun des États pour des secteurs dits « sensibles ».

Par ailleurs, les législations nationales prévoient certaines restrictions ou limites à la liberté d'établissement des investisseurs étrangers :

→ **Restrictions sectorielles :**

Même Singapour, qui a érigé la liberté d'établissement comme principe, continue de limiter les IDE dans certains secteurs, comme les médias et les services financiers.

D'autres États conservent des listes de secteurs interdits aux investissements étrangers, à l'image de la Thaïlande pour la liste L1 (médias, agriculture, élevage, pêche, vente d'objets anciens, ventes immobilières) ou de l'Indonésie (*Negative Investment List*).

→ **Restrictions temporelles :** à titre d'exemple, l'Indonésie limite certains IDE à une durée de 30 ans renouvelables.

→ **Système d'approbation préalable des IDE :**

La plupart des législations nationales mettent en place un système d'approbation préalable des

investissements étrangers : c'est notamment le cas de l'Indonésie (obtention d'un « permis permanent »), du Vietnam (obtention d'un « certificat d'investissement ») ou encore de la Thaïlande (obtention d'une autorisation gouvernementale ou d'une licence dans certains secteurs couverts par les listes L2 et L3).

→ Enfin, la plupart des pays limitent l'**accessibilité de la propriété foncière aux étrangers** (en prévoyant par exemple des baux de longue durée).

Les garanties offertes aux investisseurs étrangers par les législations nationales

Les législations nationales des pays de l'ASEAN se rejoignent généralement sur quelques garanties essentielles telles que :

→ la protection contre les nationalisations (le Vietnam a inscrit cette garantie dans sa constitution),
 → le droit de rapatrier les bénéficiaires : la loi vietnamienne sur les investissements de 2005 prévoit que tout investisseur étranger à jour de ses obligations fiscales peut rapatrier les bénéfices tirés de son activité, mais aussi la rémunération de services rendus au Vietnam, les redevances, le principal et les intérêts des prêts étrangers, le capital investi et le boni de liquidation.

La protection de la propriété intellectuelle

Outre le volet propriété intellectuelle de l'OMC (ADPIC ou TRIPS) auquel les législations nationales des pays membres doivent se conformer, les pays de l'ASEAN sont, pour la plupart d'entre eux, membres des grandes conventions internationales en matière de propriété intellectuelle. C'est le cas pour :

→ la Convention de Paris pour la Protection de la Propriété Intellectuelle, à l'exception du Myanmar,
 → la Convention de Berne pour la Protection des Œuvres Littéraires et Artistiques et le Traité en Coopération en matière de Brevets (PCT), à l'exception du Myanmar et du Cambodge.
 → Enfin, les Philippines, Singapour et le Vietnam ont adopté le système international des marques de Madrid.

L'ACIA (ASEAN COMPREHENSIVE INVESTMENT AGREEMENT)

L'accord ACIA est entré en vigueur le 1er mars 2012 dans l'ensemble de l'ASEAN. Ses objectifs sont : la libéralisation du régime des investissements, leur protection, l'amélioration de la transparence et de la prévisibilité des règles applicables aux investissements, la promotion de la région ASEAN comme une zone d'investissement intégrée.

Le champ d'application de l'ACIA

L'ACIA s'applique aux personnes, physiques et morales, d'un pays membre de l'ASEAN qui réalise un investissement dans un autre pays membre. Ainsi, la filiale singapourienne d'un groupe français investissant dans un autre État membre peut bénéficier de la protection de l'ACIA.

Toutefois, l'article 19 permet à l'État récipiendaire de refuser l'application des dispositions du Traité si ladite filiale est détenue ou contrôlée (le contrôle étant défini comme le pouvoir de nommer la majorité des administrateurs) par un investisseur d'un pays non membre ET si elle n'a pas de réelle activité à Singapour : ceci vise notamment à exclure du bénéfice de l'accord les investissements réalisés par des *holdings* pures, dénuées de substance.

Les garanties offertes par l'ACIA

L'ACIA définit très largement les investissements objet de la protection, ceci incluant les droits de propriété intellectuelle et les droits résultant de contrats complexes.

Les garanties offertes aux investisseurs sont relativement classiques :

- Traitement national : les investisseurs des pays membres reçoivent le même traitement que les investisseurs nationaux
- Clause de la nation la plus favorisée : les investisseurs des pays membres bénéficient des dispositions plus favorables accordées à des investisseurs d'autres pays membres ou non membres
- Traitement juste et équitable, protection et sécurité des investisseurs des États membres
- Garantie, par chaque État, de la liberté des transferts financiers hors de son territoire
- Protection contre les nationalisations et expropriations et garantie d'une indemnité juste et équitable
- Mise en place d'une procédure de règlement des différends entre un État membre et un investisseur (possibilité de s'adresser au CIRDI ou de se référer à son règlement, ou au règlement d'arbitrage UNICITRAL).

LA PLACE PARTICULIÈRE DE SINGAPOUR

Il doit être fait une mention particulière de Singapour lorsque l'on aborde la question de la protection des investissements étrangers au sein de l'ASEAN.

Le classement *Doing Business* dressé chaque année par la *Banque mondiale* en donne une bonne illustration : régulièrement classé en pole position (sur 189 pays) du classement général ces dernières années, Singapour figure également à la seconde place à la

rubrique « protection des investisseurs », à la troisième s'agissant du démarrage d'une activité et à la douzième pour ce qui est de l'exécution des contrats.

Aujourd'hui, Singapour est également devenue la place d'arbitrage la plus prisée en Asie (4^{ème} place mondiale de l'arbitrage d'après une étude récente), grâce notamment au succès du SIAC (*Singapore International Arbitration Centre*) et à la présence de la *Chambre Internationale de Commerce*.

Enfin, Singapour veut se doter d'une *Cour Commerciale Internationale* (SICC) qui permettrait de faire juger des conflits commerciaux internationaux par des magistrats professionnels de la nationalité des parties en cause.

Cet environnement juridique particulièrement sécurisant explique l'afflux d'IDE entrants à Singapour, dont le montant excède encore très largement celui de ses voisins (près de 60 milliards de dollars contre 20 milliards en Indonésie).

Ainsi, comme vu précédemment, l'utilisation d'une tête de pont singapourienne conjuguée à l'application de l'ACIA permet d'optimiser les garanties dont peuvent bénéficier les investisseurs étrangers.

LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS FRANCAIS

Les sociétés françaises bénéficient par ailleurs des dispositions des différents accords bilatéraux en vigueur entre la France et les États de l'ASEAN, tant en matière de protection des investissements que de non double imposition ou d'entraide judiciaire (Cf. Tableau 1).

CONCLUSION

Même si l'environnement des investissements étrangers reste inégal selon les pays de l'ASEAN, les investisseurs français disposent d'une panoplie d'instruments juridiques (traités bilatéraux, ACIA, utilisation de la place de Singapour) qui leur permettent d'optimiser la protection de leurs investissements dans la zone. Par ailleurs, la compétition internationale pour attirer les IDE pousse les États à améliorer sans cesse leurs législations nationales afin d'offrir davantage de protection aux investisseurs.

Une illustration en est la récente signature par le Myanmar de la Convention de New-York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'étranger. Le Myanmar est le dernier État de l'ASEAN à avoir adhéré à cette Convention. Grâce à elle, il devient possible de faire exécuter une sentence arbitrale rendue à l'étranger sur l'ensemble du territoire de l'ASEAN.

Tableau 1

Traités bilatéraux entre la France et les pays de l'ASEAN

| Pays | Traités en matière de protection des investissements | Conventions d'entraide judiciaire en matière civile | Conventions de non double imposition |
|-------------|--|---|--|
| Birmanie | - | - | - |
| Brunei | - | - | - |
| Cambodge | 13/07/2000 | - | - |
| Indonésie | 14/06/1973 22/07/1986 | | 14/09/1979 |
| Laos | 12/12/1989 | 16/11/1956 | - |
| Malaisie | 24/04/1975 | - | 24/04/1975 |
| Philippines | 14/06/1976 13/09/1994 | | 09/01/1976 26/06/1995 25/11/2011 |
| Singapour | 08/09/1975 | - | 09/09/1974 13/11/2009 |
| Thaïlande | - | - | 27/12/1974 20/08/1999 |
| Vietnam | 26/05/1992 | 24/02/1999 | 20/08/1999 |

DS Avocats

Dès 1980, le cabinet DS Avocats a fait le choix de s'établir en Asie afin d'assister les entreprises européennes désirant s'implanter et développer une activité sur ce continent. Aujourd'hui, le cabinet dispose de trois bureaux en Chine, deux au Vietnam, et un à Singapour. Grâce à son réseau de correspondants privilégiés, il intervient aussi en Inde, au Japon et dans les autres pays membres de l'ASEAN.

DS offre ainsi tant à ses clients européens ou américains souhaitant opérer en Asie qu'à ses clients asiatiques désireux d'investir en Europe ou en Amérique une aide à l'implantation et un accompagnement dans le développement de leurs activités.

Dans le cadre de l'aide à l'implantation, le cabinet assiste ses clients sur le choix des structures juridiques (bureau de représentation, filiale, *joint-venture*, etc.) les mieux adaptées à leur projet en fonction des réglementations des pays d'accueil (droit des sociétés, droit des investissements étrangers, droit fiscal, droit foncier, droit du travail et droit de la propriété intellectuelle).

Le cabinet apporte son expertise notamment en matière de fusions acquisitions, de transfert de technologie, d'organisation de réseaux de distribution, de négociation et de rédaction de contrats commerciaux, de réponse aux appels d'offres particulièrement dans le domaine des partenariats public/privé.

Ainsi, en Europe, en Amérique, comme en Asie, les équipes de DS interviennent notamment dans les domaines suivants :

- Investissements directs
- Opérations financières et grands projets
- Droit des contrats commerciaux
- Droit immobilier et de la construction
- Droit de la propriété intellectuelle
- Droit du marché : concurrence / distribution / consommation
- Droit fiscal
- Droit douanier
- Droit social
- Mobilité internationale
- Arbitrage et contentieux

En savoir plus : <http://www.dsavocats.com/> - monange@dsavocats.com - Tél : 01 53 67 50 00