

Soumission à la procédure de consultation sur l'Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République d'Indonésie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements (API)

Cette soumission est basée sur la version de l'API telle que publiée par le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche le 18 mai 2022.



© 2022 The International Institute for Sustainable Development
Published by the International Institute for Sustainable Development

This publication is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercialShareAlike 4.0 International License.

The International Institute for Sustainable Development (IISD) is an independent think tank championing sustainable solutions to 21st-century problems. Our mission is to promote human development and environmental sustainability. We do this through research, analysis, and knowledge products that support sound policy making. Our big-picture view allows us to address the root causes of some of the greatest challenges facing our planet today: ecological destruction, social exclusion, unfair laws and economic rules, a changing climate. IISD's staff of over 120 people, plus over 50 associates and 100 consultants, come from across the globe and from many disciplines. Our work affects lives in nearly 100 countries. Part scientist, part strategist—IISD delivers the knowledge to act.

IISD is registered as a charitable organization in Canada and has 501(c)(3) status in the United States. IISD receives core operating support from the Province of Manitoba and project funding from numerous governments inside and outside Canada, United Nations agencies, foundations, the private sector and individuals.

IISD HEAD OFFICE

111 Lombard Avenue
Suite 325
Winnipeg, Manitoba
Canada R3B 0T4

IISD.org
[@IISD_news](https://twitter.com/IISD_news)

Soumission à la procédure de consultation sur l'Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République d'Indonésie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements (API)

Cette soumission est basée sur la version de l'API telle que publiée par le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche le 18 mai 2022.



Table of Contents

1. INTRODUCTION ET MESSAGES PRINCIPAUX.....	1
1.1 Contexte général.....	1
1.2 Portée de la soumission.....	2
1.3 Principales conclusions.....	2
1.3.1 Des innovations notables.....	2
1.3.2 ...mais des aspects problématiques demeurent et certaines dispositions méritent d’être renforcées.....	2
1.4 Recommandations.....	6
2. COMMENTAIRES D’UNE SÉLECTION D’ARTICLES.....	7
Chapitre I : Définitions et champ d’application.....	8
Chapitre II : Protection des investissements.....	11
Chapitre III : Règlement des différends.....	21
Chapitre IV Dispositions générales, exceptions et dispositions finales.....	24



1. INTRODUCTION ET MESSAGES PRINCIPAUX

1.1 Contexte général

La Suisse est l'un des pays ayant signé le plus grand nombre d'accords de promotion et de protection des investissements (API), dont la majorité est d'ancienne génération. En effet, depuis 1961, elle a signé 128 API dont 111 sont en vigueur. La Suisse avait signé un API avec l'Indonésie en 1974. Cependant, dans le cadre de la réforme de sa politique en matière d'investissement, l'Indonésie a procédé légalement, depuis 2014, à l'extinction de ses API d'ancienne génération dont ceux avec la Suisse, l'Australie, l'Allemagne, l'Espagne, Singapour, l'Italie et la France. Elle a, par la suite, entamé un processus de négociation de nouveaux accords bilatéraux et régionaux de partenariat économique avec plusieurs pays dont Singapour, les Émirats arabes unis, la République de Corée et l'Australie. La Suisse, quant à elle, a signé récemment des API avec la Géorgie (2014), la Tunisie (2012), Trinidad et Tobago et l'Égypte (2010)¹.

L'API Suisse-Indonésie de 2022 devrait s'inscrire en principe dans la nouvelle génération d'API, tels que promus notamment par la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED) [dans le cadre de son action pour la réforme des API](#). Pour rappel, les deux pays participent activement aux processus en cours de réformes du régime international des investissements. En ce qui concerne la Suisse, c'est notamment le cas pour [la réforme du règlement des différends investisseurs-États \(RDIE\)](#) conduite par le Groupe de travail III (GTIII) de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et [l'initiative relative à l'avenir des traités d'investissement](#), au sein de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), pour ne citer que celles-là. Par ailleurs, à un moment où la plupart des politiques économiques aux niveaux national, régional et international sont réorientées vers le développement durable et la réaction à l'urgence climatique, l'Objectif 13 des Objectifs de développement durable, adoptés en septembre 2015, ainsi que l'Accord de Paris, appellent à « une action urgente pour lutter contre le changement climatique et ses impacts ». Plus récemment, [le rapport 2022 du Groupe intergouvernemental d'experts sur l'évolution du climat \(GIEC\)](#) a souligné, du reste, les risques d'utilisation des API par les investisseurs pour contester les politiques climatiques.

C'est dans ce contexte que le Conseil fédéral a approuvé l'API le 26 janvier 2022 et autorisé le conseiller fédéral Guy Parmelin à le signer le 24 mai 2022 à Davos, sous réserve de ratification. Le 3 juin 2022, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) de consulter les parties prenantes nationales sur cet API dans un délai courant jusqu'au 26 septembre 2022. Il s'agit du premier API de la Suisse à être soumis à un processus de consultation avant sa ratification. C'est dans le cadre de cet appel à consultation que IISD a élaboré la présente soumission.

¹ Tous ces Accords, ainsi que ceux mentionnés dans ce document, sont disponibles sur le site de la base de données de la CNUCED ([International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub](#))



1.2 Portée de la soumission

Ce document fournit une analyse sommaire d'une sélection d'articles de l'API conclu entre la Suisse et Indonésie. Tout en mentionnant les innovations de l'Accord pour la promotion des investissements durables, l'analyse met l'accent sur des articles problématiques ou qui pourraient être renforcés. L'objectif est d'attirer l'attention sur les aspects qui pourraient être améliorés à la lumière des bonnes pratiques internationales dans les futurs API négociés ou renégociés de la Suisse. À cet effet, la seconde partie du document fournit des options, ainsi que des références à d'autres instruments, pour le renforcement de certaines approches adaptées dans l'API.

1.3 Principales conclusions

1.3.1 Des innovations notables...

L'Indonésie et la Suisse ont apporté des innovations notables à leur nouvel API en vue de répondre aux critiques des traités d'investissement de l'ancienne génération. Certaines d'entre elles sont inspirées de traités et modèles existants, tandis que d'autres semblent inédites. Parmi ces innovations, on peut citer notamment :

- Une définition stricte de l'investisseur permettant de limiter sérieusement la pratique du *treaty shopping*, à travers l'exigence de trois critères cumulatifs de rattachement avec le pays d'origine (le lieu de l'immatriculation, le lieu du siège social et la présence d'activités économiques substantielles).
- L'intégration d'une disposition détaillée qui réitère le droit de règlementer des deux Parties dans l'intérêt public.
- Des exceptions spécifiques et légitimes apportées à certaines normes de traitement et de protection, telles que la clause de la nation la plus favorisée qui exclut l'importation de règles procédurales et de fond de traités tiers de chaque Partie.
- Une orientation en matière de calcul des dommages et intérêts en cas d'expropriation, qui exclut la prise en compte des profits spéculatifs ou exceptionnels par les tribunaux arbitraux.

1.3.2 ...mais des aspects problématiques demeurent et certaines dispositions méritent d'être renforcées

L'API contient certaines dispositions qui ne sont pas alignées avec la pratique récente des API, y compris parfois ceux conclus par l'Union Européenne, le Canada ou l'Australie. Certaines dispositions, bien que innovantes, gagneraient à être renforcées pour produire un véritable impact.

La définition large de l'investissement ne met pas l'accent sur la qualité des investissements étrangers protégés.

La définition de l'investissement est neutre sur le plan climatique, c'est-à-dire qu'elle ne fait pas de distinction entre les investissements polluants à forte intensité de carbone et les investissements à faibles émissions. Une telle définition ne permet donc pas, par exemple, de contribuer efficacement à l'élimination progressive de l'investissement dans le charbon et les autres combustibles fossiles. Dans



la même ligne, la définition demeure large car elle ne priorise pas les investissements de qualité à même d'apporter des bénéfices socio-économiques, notamment ceux prenant la forme d'une entreprise ou remplissant de manière cumulative les caractéristiques d'un investissement.

Les contours de la norme de traitement juste et équitable (TJE) demeurent imprévisibles.

Le traitement juste et équitable (TJE) est l'une des dispositions les plus controversées et risquées des API de l'ancienne génération. Sa définition dans l'API s'inspire de certains traités récents qui visent à limiter l'interprétation extensive de la norme dans la pratique arbitrale, mais sa formulation laisse la porte ouverte à des résultats similaires aux décisions arbitrales passées qui ont fait l'objet de critiques. En particulier, l'API maintient la possibilité que « les attentes légitimes de l'investisseur », un concept difficile à saisir, puissent être prises en compte dans l'interprétation du TJE par un tribunal arbitral.

Certaines exceptions sont insuffisantes pour garantir le droit de réglementer dans l'intérêt public et limiter le risque de « gel réglementaire ».

De manière générale, la disposition réaffirmant le droit de réglementer dans tout API doit être assortie d'exceptions générales et d'exceptions spécifiques efficaces, pour en assurer la traduction concrète dans le cadre de l'Accord.

Ainsi, l'API contient des exceptions générales établies sur la base de l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) en faveur de la protection de l'environnement ou de la santé publique, mais qui se sont avérées largement inefficaces en pratique dans le contexte des API, comme l'a illustrée récemment la fameuse sentence *Eco Oro c. Colombie*². En effet, ce type d'exception générale n'empêche pas systématiquement qu'un État doive indemniser pour l'application de mesures reconnues comme légitimes par l'API lui-même.

L'API contient également une exception spécifique excluant certains types de mesures légitimes de la définition de l'expropriation indirecte. Mais cette exception est elle-même assortie d'une exception pour le cas des « rares circonstances où l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifestement excessives ». Cette approche ne permet pas non plus d'assurer qu'un État d'accueil ne devra pas indemniser pour l'adoption de mesures d'ordre général en vue de la protection d'intérêts légitimes tels que la santé publique, l'environnement ou les droits humains.

Deux (2) dispositions timides (sur un total de 44 articles) traitent de la responsabilité des investisseurs sans mécanisme d'opérationnalisation dans le cadre de l'Accord.

Il est appréciable que l'API comprenne des dispositions sur la responsabilité sociale des entreprises (RSE) et la lutte contre la corruption, mais de nombreux API récents contiennent des dispositions plus étendues sur la responsabilité des investisseurs. Par ailleurs, ces deux dispositions de l'API sont exhortatives et ne précisent aucun mécanisme d'application, ni aucune conséquence juridique de leur violation, notamment en ce qui concerne la corruption. Pour le moins, un investisseur qui viole les dispositions contre la corruption ou les droits humains fondamentaux devrait être exclu du champ de protection de l'API et surtout de son mécanisme de RDIE. La prise en compte de la conduite

² Sentence disponible sur <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16212.pdf>



responsable des investisseurs dans les traités d'investissement a été analysée dans des études récentes telles que [celle de l'OCDE](#) ou [de l'IISD](#).

Un accès direct à l'arbitrage international investisseur-État est accordé sans recours préalable aux tribunaux nationaux.

Le mécanisme de règlement des différends investisseurs-États par le biais de l'arbitrage international (RDIE) et sur le fondement des API est un mécanisme pour le moins controversé aujourd'hui. Le Groupe de travail III (GT III) de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)³, qui a reçu un mandat en 2017 de réformer ce type de mécanisme, a ainsi identifié trois catégories de problèmes (les coûts et la durée des procédures ; l'absence d'uniformité, de cohérence, de prévisibilité et de régularité des décisions arbitrales ; l'indépendance et l'impartialité des arbitres et décideurs). Le GTIII a aussi ajouté l'examen d'autres préoccupations d'importance que sont celles relatives aux moyens alternatifs de règlement des différends en matière d'investissement, à l'épuisement des voies de recours internes, à la participation de tiers, aux demandes reconventionnelles, au gel réglementaire et aux calcul des dommages-intérêts.

Bien que l'API intègre plusieurs innovations visant à rationaliser la procédure et corriger certains problèmes, il ne règle pas certaines questions fondamentales liées au rôle et à l'accès au RDIE. Il convient de rappeler que l'arbitrage investisseur-État n'est pas la seule forme de règlement des litiges d'investissement. En droit international, l'accès à l'arbitrage contre un État par les personnes privées est généralement conditionné à l'épuisement des voies de recours internes dudit État. C'est le cas notamment dans les différends en matière de droits humains. Ainsi, et contrairement aux API de l'ancienne génération, de plus en plus de traités d'investissement accordent une fonction importante aux tribunaux nationaux dans le règlement des différends en matière d'investissement (par exemple, l'accord de libre-échange (ALE) entre l'Australie et le Royaume-Uni conclu en 2021). Toutefois, l'API Suisse-Indonésie n'exige pas l'épuisement des voies de recours internes afin de donner l'opportunité aux juridictions nationales de régler le litige avant un recours à l'arbitrage international, le cas échéant.

Toujours en lien avec l'accès direct au RDIE, l'API ne met pas l'accent sur les procédures et institutions de prévention afin de réduire les risques de litiges, ainsi que le règlement amiable afin d'augmenter les chances de trouver un règlement non contentieux une fois le litige cristallisé.

L'inclusion d'une disposition sur le financement par des tiers est salutaire mais elle ne va pas au-delà de la transparence.

L'API innove avec l'inclusion d'une disposition sur le financement par des tierces parties (FTP), une pratique considérée, y compris au sein du GTIII de la CNUDCI, comme étant très problématique et contribuant aux dérives observées dans certaines procédures de RDIE. Toutefois, l'API se limite à exiger la transparence sur l'existence du financement par des tiers dans le cadre d'une procédure de RDIE. Par ailleurs, cette exigence n'est pas assortie de sanctions obligatoires et les formes problématiques de financement par des tiers ne sont pas identifiées et restreintes. Dans le cadre des travaux de GTIII de la CNUDCI [les options discutées sont plus larges car elles vont au-delà de la](#)

³ Voir [Groupe de travail III : Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États | Commission des Nations Unies pour le droit commercial international](#)



transparence dans le financement par des tiers pour envisager leur réglementation, par exemple en interdisant les formes problématiques de financement par des tiers. En effet, la restriction de certaines formes de FTP, notamment celles qui ont un intérêt financier spéculatif sur l'issue du litige, constitue le seul moyen pour en limiter l'impact négatif.

Le code de conduite des arbitres dans l'API ne règle pas la question épineuse de la double casquette des arbitres.

La conduite des arbitres, en ce qui concerne leur impartialité ou indépendance, constitue l'une des préoccupations soulevées par le système actuel de RDIE ; elle est également discutée dans le cadre du GTIII de la CNUDCI. L'une des questions controversées est celle de la double casquette des arbitres qui permet à une même personne d'assumer plusieurs fonctions d'une affaire à une autre dans le cadre du système de RDIE sur le fondement des API (arbitre, conseil, expert, voire conseil d'une tierce partie financeur). Afin de répondre à ces préoccupations, le Groupe de travail III de la CNUDCI élabore un projet de Code de conduite pour les arbitres en matière d'investissement et suggère des moyens pour sa mise en œuvre et son application. Toutefois, le code de conduite de l'API n'aborde pas cette question importante.

En lien avec la sélection des arbitres, l'API ne prévoit pas un système de liste (« roster » en anglais) d'arbitres prédéterminée pour la composition des arbitres, qui permet de limiter certains inconvénients du système d'arbitrage *ad hoc*, tout en promouvant l'égalité des genres et la diversité. De nombreux Accords récents de l'Union Européenne, y compris l'Accord économique et commercial global (AECG) avec le Canada, incluent ce système de liste.

L'Accord prolonge la survie de l'API antérieur éteint de 1974, même après l'entrée en vigueur du nouvel API.

Les investisseurs couverts par l'API de 1974, ce dernier ayant été éteint légalement par l'Indonésie, continuent de bénéficier du contenu de cet accord qui ne reflète plus les bonnes pratiques internationales, et ce pendant 10 ans grâce à sa clause de survie qui n'a pas été neutralisée ou réduite. De ce fait, cet instrument de l'ancienne génération continue à produire des effets juridiques. En outre, et au moyen d'une disposition incluse dans le nouvel API, cet API de l'ancienne génération pourra encore être invoqué par les investisseurs couverts pour lancer des arbitrages contre chacun des États parties jusqu'à un an après l'entrée en vigueur du nouvel accord de 2022.

En outre, le nouvel accord contient également sa propre clause de survie, permettant aux investisseurs de l'invoquer encore pendant 10 ans, au cas où les Parties décident d'y mettre fin unilatéralement ou de manière consensuelle.



1.4 Recommandations

La présente consultation offre une excellente occasion inédite pour le Conseil fédéral d'examiner le texte d'un récent traité d'investissement avant sa ratification. La Suisse, en tant que l'un des principaux pays exportateurs de capitaux, est dans une position idéale pour montrer la voie en matière de formulation de traités d'investissement modernes et durables. Comme le témoignent les travaux récents de l'OCDE et de la CNUCED sur les traités d'investissement et le climat, le développement durable et l'action climatique ont pris une importance accrue ces dernières années dans la réforme des traités d'investissement. De ce fait, la Suisse pourrait tenir compte des éléments suivants dans le cadre de la négociation de ses API.

- Adopter une définition de l'investissement qui permet de distinguer et de cibler les investissements répondant aux exigences de l'action climatique et du développement durable.
- Renforcer la disposition sur le droit de réglementer dans l'intérêt public par des exceptions spécifiques et efficaces dans toutes les normes de traitement et de protection des investisseurs.
- Circonscrire de manière plus précise le contenu et la portée des normes de traitement et de protection des investisseurs, en particulier les plus controversées telles que le traitement juste et équitable ou l'expropriation indirecte, afin de limiter les interprétations extensives.
- Équilibrer les droits accordés aux investisseurs et leurs investissements avec des règles relatives à leur conduite responsable et les assortir de mécanismes pour en assurer le respect et la mise en œuvre dans le cadre de l'API.
- Exiger l'épuisement des voies de recours internes dans l'État d'accueil de l'investissement, avant l'accès à l'arbitrage international, lorsqu'un mécanisme de RDIE est inclus.
- Réglementer le recours au financement par des tiers dans le RDIE, y compris par la restriction des formes les plus problématiques de cette pratique.
- Renforcer les orientations fournies pour le calcul des dommages-intérêts dans le cadre de l'expropriation et les étendre à la violation des autres normes de traitement et de protection des investisseurs dans l'API.
- Clarifier et assurer que tout nouvel API négocié remplace immédiatement l'ancien afin d'éviter le maintien d'un API de l'ancienne génération malgré son remplacement ; et supprimer ou réduire la durée de la clause de survie du nouvel accord.



2. COMMENTAIRES D'UNE SÉLECTION D'ARTICLES

Le préambule : *Les références au développement durable gagneraient à être renforcées*

Préambule

[...]

Désireux d'intensifier la coopération économique dans l'intérêt mutuel des deux États ;

Reconnaissant que la création d'un environnement propice aux entreprises contribuera à stimuler l'initiative entrepreneuriale en vue d'accroître les investissements effectués par des investisseurs d'une Partie sur le territoire de l'autre Partie ;

Reconnaissant la contribution importante que les investissements peuvent apporter au développement durable, et cherchant à promouvoir et à faciliter les investissements sur les territoires respectifs des Parties ;

Reconnaissant que la promotion et la protection réciproque des investissements peut stimuler l'initiative entrepreneuriale, favoriser l'afflux de capitaux et de technologies et accroître le développement économique et la prospérité dans les deux États ;

Convaincus que ces objectifs sont réalisables sans affaiblir les normes d'application générale relatives à la santé, à la sécurité, au travail et à l'environnement ;

Affirmant le soutien réciproque des politiques en matière d'investissement, d'environnement et de travail à cet égard ;

Réaffirmant leur engagement à l'égard des principes et objectifs fixés dans la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme, notamment la démocratie, l'état de droit, les droits de l'homme et les libertés fondamentales ;

Sont convenus de ce qui suit :

[...]

Le préambule est un élément clé de l'Accord pour clarifier l'intention des Parties, notamment en cas de problèmes d'interprétation des dispositions. Le préambule de l'API Suisse-Indonésie mentionne le développement durable, la protection de l'environnement et la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH). De nombreux traités récents mettent cependant plus l'accent sur leurs objectifs de développement durable, par exemple en reconnaissant explicitement leur volonté de promouvoir des investissements étrangers responsables qui contribuent au développement durable. C'est le cas notamment du préambule de l'Accord économique et commercial global (AECG) entre l'Union Européenne et le Canada signé en 2016.

Dans la même ligne, le préambule peut souligner l'importance de la lutte contre les changements climatiques et l'importance de l'action climatique, une question toute aussi essentielle aujourd'hui. Une référence peut être faite à ce propos à certaines des conventions internationales cruciales dans le domaine des changements climatiques, telles que la CCNUCC (comme c'est le cas par exemple dans l'Accord de libre-échange [ALE] Royaume-Uni-Turquie de 2020) et à la nécessité de reconnaître l'interconnexion entre les politiques d'investissement et les politiques climatiques (par exemple, l'Accord de commerce et de coopération [ACC] UE-Royaume-Uni de 2020).



Chapitre I : Définitions et champ d'application

Définition de l'investissement : *Une définition neutre et large « basée sur les actifs »*

Art. 1 Définitions

Aux fins du présent Accord :

[...]

(6) Le terme « **investissement** » désigne tout actif qu'un investisseur détient ou contrôle, directement ou indirectement, et qui présente les caractéristiques d'un investissement, notamment l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'attente de gains ou de profits, la prise de risque ou encore une certaine durée. Un investissement peut notamment prendre la forme :

- (a) d'une entreprise ;
- (b) d'actions et d'autres formes de participation au capital d'une entreprise ;
- (c) d'obligations, garanties ou non, d'autres titres de créance et de prêts^{1,2} ;
- (d) de droits de propriété intellectuelle ;
- (e) de créances monétaires et de droits à une prestation contractuelle en rapport avec une entreprise et ayant une valeur financière³ ;
- (f) de contrats clés en main, de contrats de construction, de gestion, de production, de concession, de partage de revenus et d'autres contrats similaires ;
- (g) de licences, d'autorisations, de permis et de droits similaires conférés conformément aux lois de la Partie 4, et
- (h) d'autres biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, et de droits de propriété connexes tels que baux, hypothèques et droits de gage.

Le terme « investissement » ne vise pas les ordonnances et arrêts rendus dans le contexte d'une action judiciaire ou administrative ni les sentences arbitrales rendues dans une procédure d'arbitrage.

Aux fins de la définition d'un investissement dans le présent article, tout revenu investi est considéré comme un investissement et toute modification de la forme sous laquelle les actifs sont investis ou réinvestis n'a aucune incidence sur leur qualité d'investissement.

[...]

1. Certaines formes de créance, telles que les obligations, garanties ou non, et les billets à ordre à long terme, sont plus susceptibles de présenter les caractéristiques d'un investissement, alors que d'autres formes de créance, telles que les créances de paiement exigibles qui résultent de la vente de marchandises ou de services, le sont moins.
2. Un prêt accordé par une Partie à l'autre Partie n'est pas un investissement.
3. Il est entendu que le terme investissement ne vise pas les créances liquides découlant uniquement :
 - (a) de contrats commerciaux de vente de marchandises ou de services, ou
 - (b) de l'octroi de crédits en rapport avec de tels contrats commerciaux.
4. La question de savoir si un type particulier de licence, d'autorisation, de permis ou de tout autre instrument similaire (notamment une concession, dans la mesure où elle a la nature d'un tel instrument) présente les caractéristiques d'un investissement dépend de facteurs tels que la nature et l'étendue des droits que le droit de la Partie confère au détenteur. Les instruments qui ne présentent pas les caractéristiques d'un investissement comprennent ceux qui ne créent pas de droits protégés en application du droit de la Partie. Il est entendu que ce qui précède ne préjuge en rien la question de savoir si tout actif associé à ces instruments présente les caractéristiques d'un investissement.

La définition de l'investissement est cruciale car elle détermine l'étendue de la protection offerte par l'API, l'accès au mécanisme de RDIE et la mesure dans laquelle les investissements doivent contribuer au développement durable de l'État d'accueil pour bénéficier de la protection du traité.



L'API Indonésie-Suisse opte pour une définition de l'investissement *basée sur les actifs* avec une liste illustrative, qui reflète globalement l'approche de l'AECG entre l'UE et le Canada. Ainsi, « tout actif » est un investissement, mais à la condition qu'il remplisse une liste indicative et non cumulative de caractéristiques, telles que « l'engagement de capitaux ou d'autres ressources, l'attente de gains ou de profits, la prise de risque ou encore une certaine durée ». Ces trois éléments sont dérivés d'un test énoncé pour la première fois par le tribunal dans l'affaire *Salini c. Maroc* (connu sous le nom de test Salini)⁴. L'Accord exclut également trois principales catégories d'actifs de la définition (créances liquides découlant uniquement de contrats commerciaux, les prêts entre États parties et les décisions issues de procédures judiciaires, administratives ou arbitrales).

La définition de l'investissement est neutre sur le plan climatique car elle ne fait pas de distinction entre les investissements polluants à forte intensité de carbone et les investissements à faibles émissions. Une telle définition ne reflète pas l'urgence de l'élimination progressive du charbon et des autres combustibles fossiles. Il est recommandé aujourd'hui que les API soient plus circonscrits dans l'octroi de la protection aux investissements, en incluant différentes caractéristiques de l'investissement durable, par exemple la conformité avec les divulgations financières liées au climat (*Global Reporting Initiative [GRI]*, *Sustainability Accounting Standards Board [SASB]*, *International Integrated Reporting Council [IIRC]*, *Climate Disclosure Standards Board [CDSB]* et *Carbon Disclosure Project [CDP]*), ou en incluant des mécanismes procéduraux qui permettent de déterminer si un investissement est durable ou non (par exemple [le modèle de traité sur l'investissement durable pour l'atténuation et l'adaptation aux changements climatiques](#)).

En outre, la définition basée sur les actifs, assortie d'une liste de caractéristiques non cumulatives, est problématique. Elle permet des interprétations très larges par les tribunaux. Certains API récents, qui ont également opté pour une définition basée sur les actifs, ajoutent un quatrième élément du « test Salini » absent ici, à savoir la contribution de l'investissement au développement économique de l'État d'accueil⁵. Dans la même ligne, un certain nombre d'API modernes utilisant des définitions de l'investissement basées sur les actifs cherchent à exclure les formes d'investissement qui sont peu susceptibles d'apporter une contribution directe ou significative au développement de l'État d'accueil, et excluent donc les investissements de portefeuille de la définition de l'investissement⁶. Cela dit, certains modèles récents d'API, par exemple celui de la Colombie (2017), utilisent plutôt une définition de l'investissement basée sur l'entreprise. En effet, il est entendu que les avantages pour les États d'accueil le plus souvent associés à l'investissement direct étranger, tels que les emplois, la technologie et les recettes fiscales, sont plus susceptibles de provenir d'un investissement qui prend la forme d'une entreprise.

Les API conclus par la Suisse pourraient opter pour une définition basée sur l'entreprise avec une liste des actifs qu'elle peut détenir, ce qui permettrait par la même occasion de rationaliser et rendre moins impérieuse la nécessité d'une longue liste d'exclusions pour limiter une définition très ouverte. À défaut, adopter une liste cumulative de caractéristiques d'un investissement permettrait d'atteindre un résultat assez proche, malgré une définition basée sur les actifs.

⁴ Affaire *Salini Costruttori SpA & Italstrade SpA c. Maroc* (ARB/00/4), décision sur la compétence du 23 juillet 2001.

⁵ C'est le cas notamment des traités bilatéraux d'investissement (TBI) Égypte-Maurice de 2014 ou Turquie-Burkina Faso de 2019.

⁶ Tel est le cas de la définition de l'investissement dans le TBI Turquie-République kirghize.



Toute exclusion gagnerait à être mentionnée directement dans le corps de l'article pour confirmer l'importance que les Parties y accordent, conformément à l'approche adoptée dans l'AECG (article 8.1).

Définition de l'investisseur : *La limitation de la pratique du « treaty shopping » pourrait être renforcée*

Art. 1 Définitions

Aux fins du présent Accord :

[...]

(7) Le terme « **investisseur** » désigne :

(a) une personne physique qui, conformément au droit d'une Partie, est ressortissant de cette Partie, ou

(b) une personne morale, notamment une société, une société de capitaux, une société de personnes ou une autre organisation, qui est constituée ou organisée de toute autre manière conformément au droit de cette Partie et qui a son siège, ainsi que des activités économiques réelles, sur le territoire de cette même Partie, qui a effectué un investissement.

[...]

Tout comme la définition de l'investissement, celle de l'investisseur (personne morale ou physique) circonscrit également le champ d'application de l'Accord. Elle détermine, en effet, quels sont les investisseurs visés qui peuvent bénéficier de la protection garantie dans l'accord et peuvent actionner le mécanisme d'arbitrage investisseur-État, le cas échéant.

En ce qui concerne les personnes morales, l'API exige qu'elles aient des « activités économiques réelles » en plus du lieu de l'immatriculation et du siège social, pour être considérée comme un investisseur d'un État partie. Cette définition cumule donc trois critères et permet d'empêcher que des investisseurs opportunistes bénéficient de la protection de l'Accord, en ciblant ceux qui ont un véritable lien avec le pays d'origine. En ce sens, l'API se positionne à l'avant-garde des bonnes pratiques internationales car elle permet de limiter la pratique du « *treaty shopping* ». Le « *treaty shopping* » consiste pour une entreprise à acquérir la nationalité d'un pays aux seules fins de bénéficier de la protection d'un traité et d'accéder à son mécanisme de RDIE. Par ailleurs, l'article 38 sur le « refus d'accorder des avantages » offre un filet de sécurité supplémentaire car il permet à un État de refuser le bénéfice du traité à un investisseur d'une autre Partie, qui « n'a pas d'activités commerciales substantielles sur le territoire de cette autre Partie ».

Toutefois, certains modèles de traités récents fournissent des critères pour évaluer l'existence d'une activité économique substantielle, tels que le nombre d'emplois créés, le chiffre d'affaires réalisé, ou encore l'installation dans l'État d'accueil d'une unité de production. C'est le cas du modèle de traité bilatéral d'investissement (TBI) des Pays-Bas de 2019 (article 1.c).

Les API de la Suisse pourraient donc renforcer la définition de l'investisseur en ajoutant des lignes directrices pour évaluer l'existence d'un réel lien économique entre l'investisseur personne morale et l'État partie dont il revendique la nationalité.



Chapitre II : Protection des investissements

La norme de traitement juste et équitable : *Son encadrement demeure insuffisant pour éviter les interprétations extensives*

Art. 4- Traitement des investissements

(1) Chaque Partie accorde, sur son territoire, un traitement juste et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité intégrales aux investissements des investisseurs de l'autre Partie conformément au présent article.

(2) Une Partie viole l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable prévue à l'al. 1 lorsqu'une mesure ou une série de mesures constitue :

- (a) un déni de justice dans le cadre de procédures pénales, civiles ou administratives ;
- (b) une violation fondamentale du principe de l'application régulière du droit, notamment une violation fondamentale de la transparence, dans le cadre de procédures judiciaires et administratives ;
- (c) un cas d'arbitraire manifeste ;
- (d) une discrimination ciblée basée sur des motifs manifestement illicites, comme le sexe, la race ou les croyances religieuses, ou
- (e) un traitement abusif, tel que la coercition, la contrainte et le harcèlement.

(3) À la demande d'une Partie, les Parties réexaminent la teneur de l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable selon la procédure prévue à l'art. 44 (Entrée en vigueur, durée et extinction) pour les amendements à l'Accord, et déterminent en particulier si un traitement autre que ceux énumérés à l'al. 2 peut également constituer une violation de ladite obligation.

(4) L'expression « protection et sécurité intégrales » implique que chaque Partie prenne les mesures pouvant être raisonnablement nécessaires pour assurer la protection et la sécurité des investissements.

(5) Lorsqu'il applique l'obligation d'accorder un traitement juste et équitable, le tribunal arbitral peut tenir compte du fait qu'une Partie a pris ou non un engagement spécifique par écrit à l'égard d'un investisseur en vue d'encourager un investissement, lequel a créé une attente légitime et motivé la décision de l'investisseur d'effectuer ou de maintenir l'investissement, mais auquel la Partie n'a pas donné suite.

(6) Le simple fait qu'une Partie agisse ou s'abstienne d'agir d'une manière qui pourrait être incompatible avec les attentes d'un investisseur ne constitue pas une violation du présent article, même si cela occasionne une perte ou un préjudice à l'investissement.

(7) La constatation d'une violation d'une autre disposition du présent Accord ou d'un autre accord international n'établit pas l'existence d'une violation du présent article.

La norme du traitement juste et équitable (TJE) est une disposition très controversée, car l'interprétation de son champ d'application par les tribunaux a été incohérente et d'une grande portée. Elle est la disposition substantielle la plus largement invoquée dans les arbitrages d'investissement en général (CNUCED, 2020). Cette disposition « fourre-tout » est problématique en matière d'arbitrage d'investissement, étant donné qu'il est difficile de prédire à quel moment les actions d'un État violeront cette norme. Cette incertitude sur le contenu et la portée du TJE a conduit les États à explorer des options de limitation de son champ d'application.

C'est ce que tentent de faire la Suisse et l'Indonésie dans leur API. L'approche consiste ici à donner une liste fermée de mesures pouvant constituer une violation du TJE, mais avec un mécanisme permettant de l'élargir de commun accord par les Parties. La liste n'est donc pas définitivement



fermée. En outre, l'Accord prévoit que la violation d'un engagement spécifique écrit qui aurait créé une « attente légitime » de l'investisseur peut être prise en compte pour déterminer la violation du TJE. De ce fait, le concept tout aussi controversé des « attentes légitimes » est maintenu dans l'analyse du TJE, bien qu'il soit précisé que le simple fait qu'une action ou inaction d'une Partie soit « incompatible avec les attentes d'un investisseur ne constitue pas une violation du présent article, même si cela occasionne une perte ou un préjudice à l'investissement ». Cette approche d'une liste fermée mais extensible reflète le contenu de plusieurs Accords récents de l'UE⁷.

Toutefois, certains accords récents sont allés plus loin pour éviter toute incertitude liée au concept imprévisible d'attentes légitimes de l'investisseur. Certains d'entre eux précisent que le TJE n'équivaut qu'à la protection contre le déni de justice en vertu du droit international coutumier. C'est le cas par exemple de l'ALE Australie–Royaume-Uni de 2021 (article 13, al. 7). D'autres modèles d'API récents ont opté de ne pas inclure une disposition de TJE⁸ ou de la remplacer par le concept de traitement judiciaire et administratif équitable⁹.

Les API conclus par la Suisse pourraient donc, au moins, opter de retirer toute référence au concept d'attentes légitimes de l'investisseur ainsi que le mécanisme permettant d'élargir la liste fermée au fil du temps, pour plus de certitude dans l'interprétation du TJE.

La norme de traitement de la nation la plus favorisée : *Le minutieux encadrement de sa portée pourrait être harmonisé*

Art. 6 Traitement de la nation la plus favorisée

(1) Chaque Partie accorde, sur son territoire, un traitement non moins favorable aux investissements des investisseurs de l'autre Partie que celui qu'elle accorde, dans des circonstances semblables, aux investissements des investisseurs de toute tierce partie.

(2) Chaque Partie accorde, sur son territoire, un traitement non moins favorable aux investisseurs de l'autre Partie que celui qu'elle accorde, dans des circonstances semblables, aux investisseurs de toute tierce partie en ce qui concerne la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance, l'accroissement ou l'aliénation de leurs investissements.

(3) Le traitement prévu aux al. 1 et 2 ne vise pas :

- (a) les accords bilatéraux ou régionaux en matière d'investissement actuels qui ont été signés ou sont entrés en vigueur avant l'entrée en vigueur du présent Accord ;
- (b) les arrangements conclus avec une tierce partie de la même région géographique visant la promotion de la coopération régionale en matière économique, sociale, industrielle, monétaire ou d'emploi dans le cadre de projets précis ;
- (c) les accords actuels ou futurs établissant une zone de libre-échange, une union douanière ou un marché commun prévoyant qu'une Partie accorde un traitement préférentiel aux investisseurs d'États tiers, ou
- (d) les conventions actuelles ou futures en vue d'éviter les doubles impositions et les autres conventions fiscales.

⁷ C'est le cas par exemple de l'AECG (article 8.10), de l'Accord sur la protection des investissements entre l'UE et Singapour de 2018 (chapitre 2, article 2.4), ou de l'Accord sur la protection des investissements entre l'UE et le Viêt Nam de 2019 (article 2.5).

⁸ Il s'agit du Code d'investissement panafricain de 2018 (PAIC).

⁹ C'est le cas du COMESA CCIA de 2018 (article 14).



(4) Il est entendu que les al. 1 et 2 ne s'appliquent pas aux procédures ou mécanismes de résolution des différends internationaux figurant dans d'autres accords internationaux et ne peuvent être interprétés comme concédant aux investisseurs des procédures ou mécanismes de résolution des différends autres que ceux prévus par le chapitre III (Règlement des différends), section une (Règlement des différends entre une Partie et un investisseur de l'autre Partie).

(5) Il est entendu que les obligations de fond figurant dans d'autres accords internationaux en matière d'investissement conclus par une Partie ne sont pas en elles-mêmes assimilables à un traitement de la nation la plus favorisée visé aux al. 1 et 2, et ne peuvent donc pas donner lieu à une violation du présent article, en l'absence de mesures concrètes adoptées ou maintenues par cette Partie conformément à ces obligations.

[...]

Le traitement de la nation la plus favorisée (NPF) signifie que l'investisseur du pays partenaire ne doit pas être traité de manière moins favorable que les investisseurs d'autres pays sur le territoire de l'État d'accueil. Ces dernières années, l'arbitrage en matière d'investissement a élargi la signification de la clause de NPF au-delà de ses limites initiales, ce qui a créé des incertitudes et suscité des inquiétudes au sein des États. En particulier, les tribunaux ont permis aux investisseurs d'importer des garanties en vertu d'autres traités d'investissement dans leurs litiges d'investissement. De ce fait, la clause de NPF sape les efforts des pays qui négocient désormais des traités plus équilibrés et respectueux du développement durable¹⁰.

La Suisse et l'Indonésie ont accordé une attention particulière à cette préoccupation dans leur accord, conformément aux bonnes pratiques internationales. En effet, aussi bien les procédures ou mécanismes de résolution des différends internationaux que les obligations de fond d'autres accords d'investissement conclus par chaque Partie sont exclus de la portée de la clause de NPF. De ce fait, un investisseur ne peut invoquer le bénéfice d'un traité conclu par le pays d'accueil envers d'autres pays tiers « en l'absence de mesures concrètes adoptées ou maintenues par cette Partie conformément à ces obligations ».

Ces exclusions spécifiques sont renforcées par une exclusion plus générale des accords bilatéraux et régionaux en matière d'investissement, mais uniquement ceux « qui ont été signés ou sont entrés en vigueur avant l'entrée en vigueur » de l'API. Cette limitation dans le temps réduit non seulement fortement la portée de l'exclusion, mais elle n'est pas en adéquation avec l'exclusion des accords d'intégration économiques « actuels et futurs ». Cette exclusion générale pourrait donc être étendue aux accords futurs, ce qui permettra également de l'aligner avec les exclusions spécifiques qui ne créent pas non plus de barrière temporelle. Cette approche est d'ailleurs celle adoptée dans plusieurs accords récents, y compris l'AECG (article 8.7).

¹⁰ Voir [IISD Best Practices Series: The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties](#) | International Institute for Sustainable Development



La protection en cas d'expropriation : La distinction des mesures ne constituant pas une expropriation indirecte demeure incertaine et les orientations pour le calcul de l'indemnisation pourraient être élargies à tout l'Accord

Art. 7 Expropriation

1. Aucune des Parties n'exproprie ni ne nationalise un investissement d'un investisseur de l'autre Partie, directement ou indirectement, au moyen de mesures équivalent à une expropriation ou à une nationalisation (ci-après dénommées « expropriation »), sauf lorsque cette expropriation est effectuée :

- (a) pour des motifs d'intérêt public ;
- (b) de façon non discriminatoire ;
- (c) moyennant le prompt versement d'une indemnité adéquate et effective, conformément aux al. 3 et 4, et
- (d) dans le respect du principe de l'application régulière du droit.

Le présent alinéa est interprété conformément à l'Annexe A sur l'expropriation.

2. À la demande d'un investisseur, toute mesure d'expropriation ou d'estimation fera l'objet d'un réexamen par une autorité judiciaire ou une autre autorité indépendante selon la procédure prévue par les lois de la Partie qui prend la mesure.

3. L'indemnité visée à l'al. 1, let. (c) :

- (a) est versée sans délai⁹ ;
- (b) équivaut à la juste valeur marchande¹⁰ de l'investissement exproprié immédiatement avant que l'expropriation n'ait lieu (la date de l'expropriation) ou que l'imminence de l'expropriation ne devienne de notoriété publique, la date la plus proche étant retenue ;
- (c) ne tient compte d'aucun changement de valeur résultant du fait que l'expropriation envisagée était déjà connue, et
- (d) est effectivement réalisable et librement transférable conformément à l'art. 9 (Transferts).

4. L'indemnité produit, entre la date de l'expropriation et la date du versement, des intérêts calculés au taux approprié du marché. Les critères d'évaluation utilisés pour déterminer la juste valeur marchande peuvent comprendre la valeur d'exploitation, la valeur des actifs incluant la valeur fiscale déclarée des biens corporels et d'autres critères, le cas échéant.

5. Nonobstant les dispositions des al. 1, 3 et 4, toute mesure d'expropriation directe portant sur des terrains qui est fixée dans la législation de la Partie expropriante s'effectue pour des motifs d'intérêt public et moyennant le versement d'une indemnité à la juste valeur marchande, conformément à la dite législation.

6. Le présent article ne s'applique pas à la délivrance de licences obligatoires accordées relativement à des droits de propriété intellectuelle, ni à la révocation, à la restriction ou à la création de droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où cette délivrance, révocation, restriction ou création est conforme à l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce figurant à l'annexe 1C de l'Accord sur l'OMC¹¹

9. Les Parties comprennent qu'il peut y avoir des procédures juridiques ou administratives à observer avant que le versement puisse être effectué.

10. L'évaluation de la juste valeur marchande de l'investissement exproprié exclut les profits spéculatifs ou exceptionnels

11. Il est entendu que les Parties ont reconnu aux fins du présent article que le terme « révocation » de droits de propriété intellectuelle vise notamment la déchéance ou l'annulation de ces droits, et que le terme « restriction » de droits de propriété intellectuelle vise notamment les exceptions à ces droits.

[...]



Annexe A : Expropriation

Les Parties confirment leur compréhension commune de ce qui suit :

(1) Une mesure ou une série de mesures prises par une Partie ne peuvent constituer une expropriation à moins qu'elles ne portent atteinte à un droit de propriété corporel ou incorporel ou à un intérêt dans un bien faisant partie de l'investissement.

(2) L'art. 7 (Expropriation), al. 1, vise deux situations. La première est l'expropriation directe, c'est-à-dire lorsque l'investissement est nationalisé ou fait l'objet de toute autre forme d'expropriation directe par transfert formel du titre de propriété ou saisie inconditionnelle.

(3) La deuxième situation visée à l'art. 7 (Expropriation), al. 1, est l'expropriation indirecte, c'est-à-dire lorsqu'une mesure ou une série de mesures prises par une Partie ont un effet équivalent à celui d'une expropriation directe sans qu'il y ait transfert formel du titre de propriété ni saisie inconditionnelle.

(a) Pour déterminer si une mesure ou une série de mesures prises par une Partie, dans une situation de fait donnée, constituent une expropriation indirecte, il est nécessaire de procéder à un examen des faits qui tient compte, entre autres, des facteurs suivants :

- (i) l'impact économique de la mesure gouvernementale, même si le fait qu'une mesure ou une série de mesures prises par une Partie aient un effet défavorable sur la valeur économique d'un investissement n'établit pas à lui seul qu'il y a eu expropriation indirecte ;
- (ii) la durée de la mesure ou de la série de mesures prises par une Partie ;
- (iii) l'étendue de l'atteinte portée par la mesure gouvernementale aux attentes spécifiques et raisonnables sous-tendant l'investissement¹⁵, et
- (iv) la nature de la mesure gouvernementale, notamment son objectif et si cette mesure est disproportionnée par rapport à l'intérêt public.

(b) Il est entendu que, sauf dans de rares circonstances où l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifestement excessives, les mesures réglementaires non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public, tels que la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte

15. Il est entendu que la question de savoir si les attentes sous-tendant l'investissement de l'investisseur sont raisonnables dépend, dans la mesure de leur pertinence, de facteurs comme le fait que le gouvernement ait ou non donné à l'investisseur des assurances écrites contraignantes ainsi que la nature et la portée de toute réglementation gouvernementale ou le potentiel de réglementation gouvernementale dans le secteur concerné.

La frontière entre expropriation indirecte et mesures légitimes d'ordre général reste perméable

L'expropriation est un droit souverain reconnu dans la majorité des API, mais soumis à des critères pour protéger les droits des investisseurs. En général, la clause d'expropriation dans les API comprend à la fois l'expropriation directe et indirecte. Mais c'est l'expropriation indirecte qui est la question cruciale de cette disposition, car il n'y a pas de définition communément acceptée de celle-ci¹¹. Les investisseurs ont contesté un large éventail d'actions et de mesures gouvernementales, allant de la fiscalité à la réglementation environnementale ou sociale, en faisant valoir qu'elles équivalaient à des expropriations et qu'elles nécessitaient donc le paiement d'une compensation. Les tribunaux ont abordé l'évaluation de l'expropriation indirecte de différentes manières.

La Suisse et l'Indonésie ont repris, dans leur API, les critères classiques pour effectuer une expropriation licite, qu'elle soit directe ou indirecte. Ces deux catégories sont d'ailleurs définies dans

¹¹ Voir [Best Practices: Indirect Expropriation | International Institute for Sustainable Development \(iisd.org\)](#)



l'Annexe A et des critères pour la détermination d'une expropriation indirecte y sont indiqués. On note que le concept des attentes légitimes apparaît également comme paramètre dans l'analyse de l'expropriation indirecte¹², ramenant ici aussi les problèmes identifiés avec ce concept dans le cadre de la norme de traitement juste et équitable.

En outre, suivant une approche issue de l'ancien Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), l'Annexe prévoit une « exception » qui ne permet pas de trancher clairement la frontière entre les mesures d'expropriation indirecte et « les mesures réglementaires non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public, tels que la santé publique, la sécurité et l'environnement ». En effet, l'API indique que cette catégorie de mesures ne constitue pas une expropriation indirecte « sauf dans de rares circonstances où l'impact d'une mesure ou d'une série de mesures est si grave au regard de leur but qu'elles semblent manifestement excessives ». De ce fait, la latitude est donnée aux tribunaux pour conclure que ces mesures sont néanmoins des expropriations indirectes.

Plusieurs textes et modèles récents ont adopté une approche plus efficace pour limiter la portée de l'expropriation indirecte afin de préserver le droit de réglementer dans l'intérêt public, en indiquant simplement qu'une catégorie de mesures légitimes d'ordre général ne constitue pas une expropriation indirecte et ne peut donner droit à une indemnisation. C'est le cas du nouveau modèle d'API canadien de 2021 (article 9.3)¹³, qui ne commence plus l'exclusion avec la portion « sauf dans des rares circonstances (...) ».

De ce fait, les API suisses pourraient exclure, de manière nette, les mesures d'ordre général de la portée de l'expropriation indirecte, en formulant l'exclusion par exemple comme suit : « Il est entendu que les mesures réglementaires non discriminatoires d'une Partie qui sont conçues et appliquées afin de protéger des objectifs légitimes de bien-être public, tels que la santé publique, la sécurité et l'environnement, ne constituent pas une expropriation indirecte ».

L'exclusion des « profits spéculatifs ou exceptionnels » du calcul de l'indemnisation pourrait être renforcée et étendue à d'autres violations de l'API

La clause d'expropriation dans la majorité des API inclut des orientations pour le calcul de l'indemnisation qui **ont conduit à des montants importants accordés dans les litiges d'investissement, même dans les cas où l'investissement continue d'être rentable**. En effet, les montants des indemnisations ont augmenté de manière exponentielle ces dernières années en raison de méthodes de calcul très spéculatives utilisées par plusieurs tribunaux¹⁴. Concrètement, les indemnités les plus importantes accordées dans le cadre d'un arbitrage d'investissement l'ont été par des tribunaux qui acceptent explicitement que les dommages et intérêts soient « limités à la perte subie par l'investisseur ». Mais le problème est que les tribunaux interprètent de manière très large le concept de « perte », en y incluant la perte des flux de revenus futurs d'un projet, même lorsque ce projet n'a pas encore commencé à être rentable. Dans l'affaire *Tethyan Copper c. Pakistan*, par exemple, le tribunal

¹² L'AECEG contient également cette disposition problématique (Annexe 8.A).

¹³ « (...) A non-discriminatory measure of a Party that is adopted and maintained in good faith to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, does not constitute indirect expropriation, even if it has an effect equivalent to direct expropriation (...) » Voir aussi le COMESA CCIA de 2018 (article 20.8-9.).

¹⁴ Voir [l'indemnisation en vertu des traités d'investissement \(iisd.org\)](https://www.iisd.org/fr/publications/indemnisation-en-vertu-des-traites-d-investissement).



a accordé à l'investisseur une indemnisation de 4 milliards de dollars US (intérêts non inclus), alors qu'il n'avait dépensé que 200 à 300 millions de dollars US pour réaliser son investissement - une mine proposée qui n'avait jamais dépassé le stade de la planification.

En réalité, la méthode de l'actualisation des flux de trésorerie (DCF) est à l'origine de la taille et du nombre croissant de sentences se chiffrant en milliards de dollars. Comme le soulignent les articles de la Commission du droit international sur la responsabilité des États, les lignes directrices de la Banque mondiale sur le traitement des investissements étrangers et certains tribunaux arbitraux, la méthode DCF est inappropriée pour l'évaluation de projets en phase initiale sans antécédents de rentabilité établis.¹⁵

Certains textes récents tentent de poser des garde-fous à l'accroissement exponentiel des montants des indemnisations, mais ils laissent encore la porte largement ouverte aux méthodes de calcul spéculatives car ils envisagent toujours l'application « d'autres critères appropriés ». C'est le cas de certains textes récents tels que l'AECG (article 8.12.2), le modèle de TBI néerlandais de 2018 (article 12.5), ou l'Accord de protection des investissements entre l'UE et le Viêt Nam (article 2.7).

L'API Suisse-Indonésie, quant à lui, va bien plus loin, en indiquant spécifiquement, mais par le biais d'une note de bas de page, que les « profits spéculatifs ou exceptionnels » sont exclus de l'évaluation de la juste valeur marchande de l'investissement exproprié. Il s'agit d'une innovation notable et appréciable.

De ce fait, cette orientation claire gagnerait à être étendue au calcul de l'indemnisation pour la violation de toute autre règle de protection et de traitement des investissements dans l'accord, et pourrait faire l'objet d'orientations plus détaillées, notamment dans les règles procédurales sous le mécanisme de RDIE.

¹⁵ Idem.



Le libre transfert : Des exceptions en cas de grave crise économique ou de déséquilibre de la balance des paiements pourraient être plus explicites

Art. 9 Transferts

(1) Chaque Partie permet que tous les transferts se rapportant aux investissements d'un investisseur de l'autre Partie sur son territoire soient effectués librement et sans délai à destination et en provenance de son territoire. Ces transferts comprennent :

- (a) les apports en capital, notamment l'apport initial, les bénéfices, les gains en capital, les dividendes, les redevances, les frais d'assistance technique, les frais de gestion et frais techniques, les intérêts et autres revenus courants provenant d'un investissement ;
- (b) le produit de la vente ou de la liquidation de tout ou partie d'un investissement ;
- (c) les versements effectués au titre d'un contrat conclu par l'investisseur ou par son investissement, notamment les versements effectués au titre d'une convention de prêt ;
- (d) les versements effectués en vertu de l'art. 7 (Expropriation) et de l'art. 8 (Indemnisation des pertes) ;
- (e) les gains et autres rémunérations du personnel engagé à l'étranger pour les besoins de cet investissement, et
- (f) les versements découlant du règlement d'un différend selon le chapitre III (Règlement des différends).

(2) À moins qu'il n'en soit convenu autrement avec l'investisseur, chaque Partie permet que ces transferts soient effectués dans une monnaie librement convertible, au taux de change du marché en vigueur au moment du transfert.

(3) Aucune disposition du présent article ne peut être interprétée comme empêchant une Partie d'appliquer, de manière équitable et non discriminatoire, et de bonne foi, ses lois concernant :

- (a) la faillite, l'insolvabilité ou la protection des droits des créanciers ;
- (b) l'émission, le négoce ou le commerce de valeurs mobilières, de contrats à terme, d'options ou de produits dérivés ;
- (c) les infractions criminelles ou pénales ;
- (d) les rapports financiers ou les écritures comptables sur les transferts lorsqu'ils sont nécessaires pour aider les autorités chargées de l'application des lois ou de la réglementation financière ;
- (e) le respect des ordonnances ou jugements rendus dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives ;
- (f) la sécurité sociale, les régimes de retraite publics ou d'épargne obligatoire ;
- (g) les indemnités de départ des employés, ou
- (h) la fiscalité.

(4) Aucune disposition du présent Accord n'affecte les droits et obligations des membres du Fonds monétaire international en vertu des Statuts du Fonds monétaire international, notamment l'utilisation de mesures de change qui sont conformes aux Statuts du Fonds monétaire international.

(5) Un transfert est réputé avoir eu lieu « sans délai » s'il a été effectué dans le délai normalement requis pour l'accomplissement des formalités de transfert imposées par la banque centrale et les autres autorités compétentes d'une Partie. Ce délai commence à courir le jour où la demande de transfert est présentée et ne peut en aucun cas excéder 2 mois. Ces formalités s'appliquent sans discrimination aux investisseurs.



La clause relative au libre transfert impose à l'État d'accueil de l'investissement l'obligation de ne pas adopter des restrictions quantitatives ou temporelles au rapatriement du capital initial investi par l'investisseur étranger, à ses rendements et aux produits de la liquidation ou du désinvestissement. En négociant ce type de clause, les États parties à un TBI doivent concilier deux intérêts majeurs : d'une part, celui de l'État d'accueil, qui devra être en mesure de contrôler sa politique monétaire et sa balance des paiements, et d'autre part, celui des investisseurs étrangers, compte tenu de la nécessité de pouvoir transférer les fruits de leurs investissements au-delà des frontières de l'État d'accueil. Alors que les traités d'investissement de l'ancienne génération exigeaient du pays d'accueil qu'il garantisse les transferts libres avec peu ou pas d'exceptions, les accords plus modernes ont affiné les articles relatifs aux transferts de manière à ce qu'ils ne soient pas interprétés comme empêchant les États de donner effet ou de se conformer à certaines lois et politiques nationales et internationales légitimes.

C'est l'approche adoptée par l'API Suisse-Indonésie qui prévoit des exceptions permettant aux pays d'accueil de restreindre les transferts conformément aux lois sur la faillite, ou afin de garantir le paiement d'amendes civiles ou pénales. L'API autorise également les États à prendre des mesures pour protéger la stabilité de leur monnaie, notamment les « mesures de change qui sont conformes aux Statuts du Fonds monétaire international ». Le texte aborde toutefois les mesures d'ordre prudentiel dans un autre article (article 42). Quoiqu'il en soit, ces dispositions sont globalement rédigées d'une manière qui n'indique pas clairement que ces mesures ne violent pas l'obligation de libre transfert et ne donnent pas droit à une indemnisation (voir aussi le commentaire de l'article 41 sur les exceptions générales).

L'importance de ces exceptions est pourtant cruciale à la lumière des graves crises financières mondiales, régionales ou nationales. Au regard de l'importance pour chaque Partie de pouvoir prendre des mesures pour prévenir ou atténuer un effondrement économique grave, ou pour y répondre, par exemple, les API suisses pourraient inclure une clause de sauvegarde spécifique et détaillée pour les restrictions prises dans de telles circonstances exceptionnelles, à l'exemple de certains textes récents¹⁶.

¹⁶ Voir le modèle d'API de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) de 2012, article 8.3.



Responsabilité sociétale des entreprises et mesures contre la corruption : Des dispositions exhortatives sans véritable impact

Art. 13 Responsabilité sociétale des entreprises

Chaque Partie encourage les personnes morales opérant sur son territoire ou relevant de sa juridiction à intégrer volontairement dans leurs politiques internes les normes, lignes directrices et principes internationalement reconnus en matière de responsabilité sociétale des entreprises qui bénéficient du soutien ou de l'adhésion de cette Partie.

Art. 14 Mesures contre la corruption

(1) Un investisseur d'une Partie et ses investissements s'abstiennent, avant ou après l'établissement d'un investissement sur le territoire de l'autre Partie, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public de l'autre Partie, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent ou ce tiers agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir une quelconque faveur en rapport avec un investissement.

(2) Un investisseur d'une Partie et ses investissements ne se rendent pas complices, sur le territoire de l'autre Partie, d'un acte décrit à l'al. 1, notamment par instigation ou assistance.

L'API comprend deux dispositions sur la RSE et la lutte contre la corruption, mais ces dispositions sont exhortatives. En effet, elles ne précisent aucun mécanisme d'application ni aucune conséquence juridique de leur violation (en particulier en ce qui concerne la lutte contre la corruption). Pour le moins, un investisseur qui viole les dispositions contre la corruption ou les droits humains fondamentaux devrait être exclu du champ de protection de l'API et surtout de son RDIE. C'est ce que prévoit, par exemple, le modèle néerlandais de 2019 en indiquant que le tribunal devra se déclarer « incompetent si l'investissement a été réalisé au moyen d'une déclaration frauduleuse, d'une dissimulation, d'une corruption ou d'une conduite de mauvaise foi similaire » (article 16.2)¹⁷.

L'API pourrait également inclure une plus large gamme de dispositions relatives à la conduite responsable des investissements en ligne avec les objectifs de développement durable. Plusieurs textes récents incluent un plus grand nombre de dispositions allant du respect des normes en matière environnementale (notamment en matière d'études d'impact environnemental et social) aux droits sociaux des travailleurs, en passant par la fiscalité (notamment la lutte contre l'évasion fiscale). Des options pour intégrer de telles normes dans un API ont été proposées dans [le modèle de traité sur l'investissement durable pour l'atténuation et l'adaptation aux changements climatiques](#), ou ont été explorées dans certains [rapports](#).

¹⁷ Traduction non officielle.



Chapitre III : Règlement des différends

Le règlement des différends investisseurs-États (RDIE) : *L'arbitrage international constitue le mécanisme par défaut pour le règlement des litiges d'investissement.*

La section de l'API consacrée au RDIE est assez détaillée et inclut certaines des approches innovantes des traités d'investissement récents tel que l'AECG Canada-UE (article 8.18). Elle inclut par exemple la transparence des procédures, l'obligation pour les investisseurs de révoquer des procédures parallèles dans différents forums, un délai de prescription et un code de conduite pour les arbitres. Par ailleurs, le champ d'application du RDIE est limité aux violations du traité.

Cependant, le mécanisme par défaut de règlement des différends investisseurs-États reste l'arbitrage international. Ce mécanisme a été fortement critiqué par les États importateurs et exportateurs de capitaux et fait l'objet de processus de réforme en cours, tels que celui engagé par le GTIII de la CNUDCI.

L'épuisement des voies de recours internes n'est pas requis avant l'accès à l'arbitrage international

Le mécanisme de RDIE de l'API ne permet pas aux tribunaux nationaux de jouer un rôle significatif. En effet, il n'y a pas d'obligation d'épuiser les voies de recours internes, comme c'est le cas dans l'API de 2013 entre les Pays-Bas et les Émirats arabes unis (article 9.3), ni même d'obligation de recourir aux tribunaux nationaux pendant une période limitée. De ce fait, les tribunaux nationaux du pays d'accueil de l'investissement ne sont pas considérés, a priori, comme un mécanisme opportun pour résoudre les différends en matière d'investissement.

L'API ne prévoit pas non plus une liste d'arbitres prédéfinis (« roster » en anglais) de laquelle seront choisis les membres d'un tribunal en cas de litige. Il s'agit pourtant d'une option de réforme importante qui permet de limiter certains inconvénients du RDIE dans le cadre d'un système d'arbitrage ad hoc. Cette solution a été adoptée dans plusieurs Accords récents de l'UE, y compris dans l'AECG avec le Canada (article 29.8).

Le RDIE est ouvert principalement aux investisseurs et sans un mécanisme de filtre

Comme indiqué précédemment, et contrairement à certains traités récents, tel que le modèle de TBI néerlandais de 2019 (article 16.2), l'API n'exclut pas du RDIE l'investissement établi sur la base de la corruption ou de moyens frauduleux.

En outre, l'État n'est pas autorisé à introduire une demande reconventionnelle, à moins que le traité n'impose des obligations spécifiques aux investisseurs, ce qui n'est pas le cas actuellement (voir les commentaires sur la RSE et la lutte contre la corruption).

Un autre élément important absent de l'API est la participation de parties tierces intéressées au processus de RDIE à travers les soumissions d'*amicus curiae*. L'insertion d'une disposition sur les *amicus curiae* est pourtant une pratique fréquente dans les API récents tels que ceux conclus entre les États-Unis et le Rwanda en 2008 (article 28.2) ou entre le Canada et la Moldavie en 2018 (article 31).

Les mécanismes de prévention des litiges et de règlement amiable sont relativement négligés



La médiation, bien qu'envisagée dans l'API, reste facultative. Les procédures et mécanismes de prévention et de règlement amiable des litiges ne sont pas détaillés, surtout en comparaison avec l'arbitrage investisseur-État. Le GTIII de la CNUDCI discute également des moyens alternatifs de règlement des différends et des mécanismes de prévention [dans le cadre de ses travaux](#).

Il convient de noter que certains modèles de traités récents ont commencé à exclure complètement l'arbitrage en matière d'investissement au profit de la médiation et du règlement extrajudiciaire des différends, comme le médiateur « ombudsman », et du règlement des différends par l'arbitrage entre États en dernier recours. C'est le cas notamment des récents Accords de coopération et de facilitation des investissements (ACFI) signés par le Brésil sur la base de son modèle d'ACFI de 2015 (article 18).

Le Financement par un tiers : *La transparence limitée est un premier pas mais cela n'est pas suffisant pour régler le véritable enjeu*

Art. 20 Financement par un tiers

- (1) Si les parties au différend bénéficient d'un financement par un tiers, elles notifient au tribunal arbitral le nom et l'adresse de ce tiers.
- (2) Cette notification est effectuée lors du dépôt de la plainte ou sans délai après la conclusion de la convention de financement par un tiers ou l'octroi du don ou de la subvention, selon le cas.
- (3) Si les parties au différend omettent de révéler l'existence d'un financement par un tiers en vertu du présent article, le tribunal arbitral peut tenir compte de l'attitude des parties au différend dans l'allocation des dépens, ou suspendre ou clore la procédure par voie d'ordonnance.

Le financement par des tiers (FTP) a été mis en évidence dans plusieurs affaires, notamment celles relatives à *Infinito Gold v. Costa Rica*, *Cortec Mining v. Kenya*, *South American Silver v. Bolivia*, *Churchill Mining and Planet Mining v. Indonesia*. Le FTP consiste en effet, pour des tiers au procès, à financer et à soutenir des recours marginaux contre les États, dans l'objectif d'obtenir des indemnités surévaluées. Ces tiers financeurs contribuent ainsi à une dynamique qui force les États à prendre part à des arbitrages aux enjeux très élevés. Si certains de ces recours, quoique marginaux mais coûteux, peuvent être lancés sans le FTP, l'existence du FTP les rend plus probables. Le FTP réduit les risques liés au lancement d'une affaire pour les demandeurs, et les bailleurs ont également leurs propres intérêts distincts, et potentiellement contraires aux objectifs des investisseurs qu'ils soutiennent financièrement, dans le fait de soutenir des affaires et de chercher à obtenir d'importants dommages et intérêts. Dans ce contexte, les États envisagent des mesures, et les tiers financeurs y résistent. Le secrétariat de la CNUDCI a publié un projet de dispositions relatives à des options pour résoudre l'ensemble des problèmes soulevés par le FTP. [Ces options concernent](#), entre autres, des approches permettant de réguler certaines formes de FTP, des possibilités d'interdiction totale de toute forme de FTP, et les sanctions pour ceux qui contourneront les règles.

L'introduction dans l'API d'une disposition sur le financement par un tiers est donc positive. Toutefois, l'API, comme plusieurs traités récents qui incluent une disposition similaire (AECG, article 8.26 ; modèle d'API du Canada de 2021, article 42), se limite à exiger la divulgation d'informations minimales sur le tiers financeur (et non le contenu du contrat). L'API va cependant plus loin en prévoyant des sanctions en cas de non-respect mais elles ne sont pas dissuasives, ni obligatoires (le



tribunal « peut »). Enfin, les formes problématiques du financement par des tiers, celles où le tiers financeur a un intérêt financier spéculatif à l'issue du litige, ne sont pas restreintes ou interdites.

Les API de la Suisse pourraient donc aller plus loin en considérant les options de réglementation avec les sanctions appropriées, tels que discutées au niveau du GTIII de la CNUDCI, tout en s'inspirant de propositions concrètes de [formulations proposées par certains acteurs](#).

Code de conduite des arbitres : *Reproduit les approches existantes sans aborder la question majeure de la double casquette des arbitres*

[...]

Indépendance et impartialité des arbitres

(11) L'arbitre est indépendant et impartial. Il agit avec équité et évite toute apparence de manquement à la déontologie ou de parti pris.

(12) L'arbitre ne se laisse pas influencer par l'intérêt propre, la pression extérieure, les considérations d'ordre politique, la protestation publique, la loyauté envers une Partie ou une partie au différend, ou la crainte des critiques.

(13) L'arbitre ne peut, directement ou indirectement, assumer une obligation ou accepter un avantage qui, d'une manière quelconque, entraverait ou semblerait entraver la bonne exécution de ses fonctions.

(14) L'arbitre n'utilise pas de la fonction qu'il occupe au sein du tribunal arbitral pour servir des intérêts personnels ou privés. Il s'abstient de tout acte susceptible de donner l'impression que d'autres sont en situation de l'influencer. Il fait tout son possible pour empêcher ou dissuader quiconque de se prétendre dans cette situation.

(15) L'arbitre ne permet pas que sa conduite ou son jugement soient influencés par des relations ou responsabilités, présentes ou passées, d'ordre financier, commercial, professionnel, familial ou social.

(16) L'arbitre s'abstient de nouer des relations ou d'acquiescer des intérêts financiers qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur son impartialité ou qui pourraient raisonnablement donner une impression de manquement à la déontologie ou de parti pris

La conduite des arbitres constitue l'une des préoccupations soulevées par le système actuel de RDIE. En effet, certains types de comportement, tels que des nominations concurrentes, suscitent des interrogations sur l'impartialité, l'indépendance, la disponibilité ou les aptitudes professionnelles des arbitres. Afin de répondre à ces préoccupations, le Groupe de travail III de la CNUDCI élabore un [projet de Code de conduite](#) pour les arbitres en matière d'investissement et suggère des moyens pour sa mise en œuvre et son application.

En ce sens, l'introduction d'un code de conduite dans l'API est la bienvenue. Toutefois, elle n'apporte pas de valeur ajoutée par rapport aux codes de conduites existants pour les arbitres, et de ce fait ne prend pas en charge [la question controversée de la « double casquette »](#).

La Suisse et son partenaire indonésien pourraient donc aller plus loin avec le Code de conduite de l'API, tout en assurant la possibilité d'intégrer ou de le remplacer par un code de conduite plus ambitieux, en fonction des résultats ultimes du projet du GTIII de la CNUDCI.



Chapitre IV Dispositions générales, exceptions et dispositions finales

Exceptions générales : *Une exception de style GATT dont l'inefficacité a été confirmée par des sentences arbitrales récentes*

Art. 41 Exceptions générales

Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable à l'encontre de l'autre Partie ou de ses investisseurs où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée, sur le territoire d'une Partie, à l'encontre des investissements d'investisseurs de l'autre Partie, aucune disposition du présent Accord ne peut être interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par une Partie de mesures :

- (a) nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public¹³ ;
- (b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ;
- (c) nécessaires pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord, y compris celles qui se rapportent :
 - (i) à la prévention des pratiques de nature à induire en erreur et frauduleuses ou aux moyens de remédier aux effets d'un manquement à un contrat,
 - (ii) à la protection de la vie privée des personnes pour ce qui est du traitement et de la diffusion de données personnelles, ainsi qu'à la protection du caractère confidentiel des dossiers et comptes personnels,
 - (iii) à la sécurité ;
- (d) imposées pour la protection de trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique, ou
- (e) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales

13. L'exception concernant l'ordre public ne peut être invoquée que dans les cas où une menace véritable et suffisamment grave pèse sur l'un des intérêts fondamentaux de la société.

Les exceptions générales sont apparues dans les traités d'investissement il y a déjà plusieurs années mais leur efficacité a été mise en doute dès le départ. En effet, elles sont calquées sur le modèle de l'article XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), qui prévoit un certain nombre de cas particuliers dans lesquels les Membres de l'OMC peuvent être exemptés des règles du GATT, notamment lorsqu'ils adoptent des mesures incompatibles avec les disciplines du GATT mais nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ou se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables. Ce type d'exceptions, conçues dans le contexte particulier du système de l'OMC, sont de plus en plus insérées dans les API. Cependant, des décisions arbitrales récentes ont considérablement affaibli la valeur de ces exceptions générales. Dans l'affaire *Eco Oro c. Colombie*, une décision déjà tristement célèbre sur la responsabilité à partir de 2021, le tribunal a interprété le langage des exceptions générales [« Aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant une partie d'adopter ou d'appliquer des mesures : (a) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux... »] comme signifiant que l'État n'était pas empêché de prendre une telle mesure, mais qu'il n'était pas non plus dispensé de payer une compensation pour cette mesure - rendant effectivement l'exception sans valeur.



L'API Suisse-Indonésie reproduit cependant le style de l'article XX du GATT dans sa clause sur les exceptions générales.

Les API de la Suisse devraient donc élargir et renforcer la disposition sur les exceptions générales afin de garantir que chaque État partie pourra invoquer utilement cette disposition pour éviter la responsabilité financière de ses actions de réglementation en matière de protection de l'environnement, d'action climatique ou de santé publique, et ce sans avoir à payer une indemnisation en retour.

Promotion et facilitation des investissements : *Un aspect à renforcer tout en ciblant les investissements durables*

Art. 43 Promotion et facilitation des investissements

(1) Sous réserve de ses lois et réglementations, chaque Partie s'efforce de coopérer en vue de faciliter les investissements entre les Parties, notamment :

- (a) en créant l'environnement nécessaire pour toutes les formes d'investissement ;
- (b) en simplifiant les procédures relatives aux demandes et approbations des investissements ;
- (c) en encourageant la diffusion d'informations relatives aux investissements, notamment les règles, réglementations, politiques et procédures en matière d'investissement, et
- (d) en instaurant un mécanisme approprié, dans la mesure du possible, pour fournir une assistance et des services de conseil aux investisseurs, notamment la facilitation des licences d'exploitation et des permis.

(2) Sous réserve de ses lois et réglementations, les activités de coopération visées à l'al. 1, let. (d), peuvent s'appuyer sur des accords ou arrangements existants en matière de coopération économique.

(3) Aucune disposition du présent article ne peut être interprétée comme affectant toute obligation prévue par les dispositions du chapitre II (Protection des investissements), ou faisant l'objet ou affectant autrement toute procédure de résolution des différends en vertu du présent Accord.

Il est appréciable que l'API comprenne des dispositions spécifiques relatives à la promotion et à la facilitation des investissements, un élément de la pratique récente en matière de traités d'investissement. Il est également positif que ces dispositions soient exclues du RDIE.

Cependant, étant donné l'impact très différent de divers investissements, il est recommandé de se concentrer sur la promotion et la facilitation des seuls investissements durables, par exemple les investissements dans les technologies et services propres et durables. La Suisse elle-même a inclus de telles dispositions dans ses traités récents (ALE Suisse-Chine de 2013, article 12). D'autres traités récents ont accentué la nécessité d'une promotion spécifiquement ciblée des investissements. C'est le cas de l'ALE Australie-Royaume-Uni de 2021 (article 13.8) ou du partenariat économique renforcé (CEPA) Japon-Royaume-Uni de 2020 (article 16.5).



Entrée en vigueur, durée et extinction : *Deux clauses de survie problématiques qui maintiennent en vie l'API actuel après son extinction et son prédécesseur malgré son remplacement*

Art. 44 Entrée en vigueur, durée et extinction

- (1) Le présent Accord entre en vigueur le jour de la réception, par la voie diplomatique, de la deuxième notification confirmant que les deux Parties ont satisfait à leurs exigences légales relatives à l'entrée en vigueur des accords internationaux.
- (2) Nonobstant l'art. 2 (Champ d'application du présent Accord), une plainte peut être déposée en vertu des dispositions de la Convention du 6 février 1974 entre le Gouvernement de la Confédération suisse et le Gouvernement de la République indonésienne concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, dont l'extinction a pris effet le 8 avril 2016 (ci-après dénommée « accord antérieur »), conformément aux règles et procédures établies par l'accord antérieur, et à la condition qu'un an au plus se soit écoulé depuis la date d'entrée en vigueur du présent Accord.
- (3) Le présent Accord peut être amendé par convention écrite entre les Parties. Les amendements entrent en vigueur selon la même procédure que celle fixée à l'al. 1.
- (4) Le présent Accord entre en vigueur pour une période de 10 ans ; il reste en vigueur par la suite, à moins que l'une des Parties ne notifie par écrit à l'autre Partie son intention d'y mettre fin. Le présent Accord prend fin 1 an après réception de la notification de dénonciation par l'autre Partie.
- (5) S'agissant des investissements effectués avant la date d'extinction de l'Accord, les dispositions du présent Accord continuent de s'appliquer pendant une période supplémentaire de 10 ans à compter de cette date

La clause de survie est une disposition typique des traités de l'ancienne génération. En vertu d'une telle disposition, après l'extinction du traité, celui-ci continuera à produire des effets pour les investisseurs qui étaient déjà établis avant ladite extinction. En pratique, ces investisseurs peuvent continuer à engager une procédure d'arbitrage contre l'État sur la base de l'ancien traité pendant une période pouvant aller de 10 à 20 ans, selon les traités. La clause de survie est une particularité des traités d'investissement qui rend souvent complexe l'extinction et/ou la renégociation d'un traité d'investissement plus équilibré et moderne, ou du moins en retarde l'application à tous les investissements et investisseurs normalement couverts.

L'introduction d'une telle disposition dans l'API Suisse-Indonésie de 2022 et pour une durée de 10 ans est donc problématique.

Mais l'API Suisse-Indonésie accentue la difficulté avec l'insertion d'une autre clause de survie. En effet, il permet à l'API antérieur de 1974, auquel l'Indonésie a mis fin unilatéralement, conformément aux termes même de l'Accord, de continuer à produire des effets même après qu'il a été remplacé par un nouveau. De ce fait, des investisseurs peuvent toujours lancer un arbitrage contre l'un des États parties sur la base de son contenu déséquilibré et son mécanisme de RDIE obsolète, jusqu'à un an après l'entrée en vigueur du nouvel accord, et cela même si la clause de survie de 10 ans de l'Accord de 1974 est devenu caduque entre temps.

Les API suisses pourraient non seulement éviter une telle approche mais être clairs et précis sur le fait que le nouvel accord remplace l'ancien dès son entrée en vigueur, pour donner plein effet aux nouveaux accords qui remplacent des accords obsolètes. Ce faisant, ils pourraient éviter l'insertion de clauses de survie ou au moins réduire la durée de la clause de survie de l'API lui-même.

