



23.035

Message relatif à l'approbation de l'accord entre la Suisse et l'Indonésie concernant la promotion et la protection des investissements

du 5 avril 2023

Monsieur le Président,
Madame la Présidente,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet d'un arrêté fédéral portant approbation de l'accord entre la Suisse et l'Indonésie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, en vous proposant de l'adopter.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Madame la Présidente, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

5 avril 2023

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Alain Berset
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

Condensé

Le Conseil fédéral a approuvé l'accord entre la Suisse et l'Indonésie concernant la protection des investissements (API) le 26 janvier 2022 et l'accord a été signé le 24 mai 2022, sous réserve de ratification. Cet accord vient combler la lacune qui existait en la matière depuis l'abrogation de l'ancien API, en 2016. Il contient des standards de protection modernes, qui protègent les investissements internationaux tout en étant cohérents avec les objectifs du développement durable.

Contexte

Les investissements internationaux contribuent à la croissance économique et à la prospérité. C'est particulièrement vrai pour la Suisse, dont le marché intérieur est limité. Le stock des investissements directs suisses à l'étranger, d'un montant supérieur à 1406 milliards de francs suisses, classe les entreprises suisses parmi les dix plus grands exportateurs de capitaux du monde. Outre les grandes entreprises multinationales, plusieurs centaines de PME disposent d'investissements directs significatifs à l'étranger, qui constituent pour elles un instrument central pour acquérir de nouveaux marchés et renforcer leur compétitivité internationale. Il est ainsi dans l'intérêt de la Suisse de créer des conditions-cadres favorables pour les investissements à l'étranger et d'offrir une protection juridique efficace. Pour ce faire, les API bilatéraux, qui garantissent aux investisseurs en complément du droit national de l'État hôte une sécurité juridique accrue et une protection contre les risques politiques, jouent un rôle central. Ils constituent, avec les accords de libre-échange et les conventions contre les doubles impositions, un pilier de la stratégie économique extérieure et contribuent à l'attrait de la Suisse pour les entreprises actives au niveau international. La Suisse dispose d'un réseau de 111 API bilatéraux.

L'Indonésie fait partie, avec le Japon, Singapour et la Chine, des principaux pays de destination des investissements directs suisses en Asie. En 2021, le stock des investissements directs suisses en Indonésie atteignait près de 1,7 milliard de francs suisses et le nombre d'emplois créés dans ce pays par des entreprises suisses s'élevait à 16 000.

La Suisse a conclu un premier API avec l'Indonésie en 1974. En 2014, le gouvernement indonésien a décidé de résilier ses API existants, dont celui avec la Suisse. En conséquence, l'API de 1974 a cessé de produire effet le 8 avril 2016. En concluant un nouvel API avec l'Indonésie, la Suisse entend combler la lacune que représente l'absence d'accord dans ce domaine.

Contenu du projet

L'API avec l'Indonésie protège les investissements suisses en Indonésie et, inversement, les investissements indonésiens en Suisse, des risques politiques au niveau d'un traité international. Il met à cet effet l'accent sur les standards de protection suivants: protection contre la discrimination étatique (traitement national et traitement de la nation la plus favorisée); protection contre les expropriations illégales et indemnisées de manière inadéquate; protection contre les restrictions de transfert de revenus et d'autres montants en lien avec des investissements; garantie d'un traitement juste et

équitable. Les procédures de règlement des différends permettent, si nécessaire, de faire valoir le respect des dispositions conventionnelles devant un tribunal arbitral international. L'API protège uniquement les investissements qui ont été réalisés légalement, c'est-à-dire qui sont fait dans le respect des dispositions légales de l'État hôte. Les investisseurs qui n'ont pas respecté les lois lors de l'investissement (p. ex. en cas de corruption) ne peuvent ainsi pas invoquer la protection des investissements.

L'accord est composé d'un préambule, de quatre chapitres et de deux annexes. Le premier chapitre porte sur les définitions et le champ d'application de l'accord. Le deuxième chapitre comprend les dispositions centrales de protection des investissements. Le troisième chapitre détaille le règlement des différends et le quatrième chapitre comprend les dispositions générales, les exceptions et les dispositions finales. L'annexe A complète l'article consacré à l'expropriation et l'annexe B contient un code de conduite pour les arbitres.

Le présent accord avec l'Indonésie est le premier API négocié par la Suisse sur une nouvelle base. S'appuyant sur la pratique conventionnelle adoptée jusqu'à présent par la Suisse, il vise à instaurer un climat propice et des conditions-cadres stables pour les investissements étrangers. Par rapport aux accords conclus auparavant, il contient des dispositions complémentaires ou plus détaillées destinées à restreindre la marge d'appréciation des tribunaux arbitraux lors de l'interprétation et de l'application de l'accord. De plus, des dispositions spécifiques, portant notamment sur le droit de réglementer des États, garantissent la conformité des objectifs de la protection des investissements avec ceux du développement durable.

Table des matières

Condensé	2
1 Contexte	6
1.1 Nécessité d’agir et objectifs visés	6
1.2 Relations bilatérales entre la Suisse et l’Indonésie	7
1.3 Déroulement et résultat des négociations	8
1.4 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies du Conseil fédéral	8
2 Procédure de consultation	9
2.1 Résultats de la procédure de consultation	9
2.2 Conclusion	12
3 Présentation de l’accord	12
3.1 Contenu	12
3.2 Appréciation	13
4 Commentaires des dispositions de l’accord	14
4.1 Préambule	14
4.2 Chapitre 1: définitions et champ d’application	14
4.3 Chapitre 2: protection des investissements	15
4.4 Chapitre 3: règlement des différends	18
4.4.1 Règlement des différends entre une partie et un investisseur de l’autre partie	18
4.4.2 Règlement des différends entre les parties	22
4.5 Chapitre 4: dispositions générales, exceptions et dispositions finales	23
4.6 Annexes	25
4.6.1 Annexe A: expropriation	25
4.6.2 Annexe B: code de conduite des arbitres	25
5 Conséquences	25
5.1 Conséquences pour la Confédération	25
5.1.1 Conséquences sur l’état du personnel	25
5.1.2 Conséquences financières	26
5.2 Conséquences pour les cantons et les communes	26
5.3 Conséquences économiques	26
5.4 Conséquences sociales et environnementales	27
6 Aspects juridiques	28
6.1 Constitutionnalité	28
6.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	28
6.3 Forme de l’acte à adopter	29

6.4	Entrée en vigueur	29
	Liste des abréviations	30
	Arrêté fédéral portant approbation de l'accord entre la Suisse et l'Indonésie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements (<i>Projet</i>)	FF 2023 1093
	Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République d'Indonésie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements	FF 2023 1094

Message

1 Contexte

1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

Les investissements internationaux contribuent à la croissance économique et à la prospérité. C'est particulièrement vrai pour la Suisse, dont le marché intérieur est limité. Le stock des investissements directs suisses à l'étranger, d'un montant supérieur à 1406 milliards de francs suisses (état fin 2021), classe les entreprises suisses parmi les dix plus grands exportateurs de capitaux du monde. Outre des entreprises multinationales, plusieurs centaines de PME disposent d'importants investissements directs à l'étranger. Ceux-ci permettent aux entreprises suisses de conquérir de nouveaux marchés et d'exploiter les avantages liés à la taille et au réseau, qui jouent souvent un rôle décisif dans la compétitivité. Si les ventes d'une entreprise augmentent dans le monde entier, cela entraîne à son tour une augmentation des emplois à forte valeur ajoutée au siège de l'entreprise en Suisse (p. ex. recherche, développement, processus de production exigeants).

Il est donc dans l'intérêt de la Suisse de créer des conditions-cadres propices aux investissements étrangers et d'offrir une protection juridique efficace. Étant donné qu'il n'existe pas de règles multilatérales dans le domaine de la protection internationale des investissements, comme c'est le cas par exemple pour le commerce transfrontalier dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), les accords bilatéraux de protection des investissements (API) jouent un rôle central. Ils constituent, avec les accords de libre-échange et les conventions contre les doubles impositions (CDI), un pilier de la stratégie économique extérieure et contribuent à attirer de la Suisse pour les entreprises actives au niveau international.

La Suisse dispose de 111 API bilatéraux en vigueur. En complément du droit national de l'État hôte, ces accords offrent aux investisseurs une sécurité juridique accrue et une protection contre les risques politiques. Ces garanties sont nécessaires dans le cas des investissements étrangers parce que ceux-ci supposent généralement l'engagement de capitaux à long terme dans l'espace juridique d'un autre État. En réduisant les risques liés aux investissements étrangers, les API encouragent le transfert de capitaux et de technologies vers les pays en développement et émergents, renforcent leur intégration économique dans l'économie mondiale et contribuent à la création d'emplois. Cela explique l'intérêt de ces pays pour la conclusion d'accords correspondants avec la Suisse.

La Suisse a conclu un premier API avec l'Indonésie en 1974. En 2014, le gouvernement indonésien a décidé de résilier ses API existants, dont celui avec la Suisse. C'est dans ce contexte que l'API de 1974 a cessé de produire effet le 8 avril 2016, sans être remplacé.¹ En signant un nouvel API avec l'Indonésie, la Suisse entend combler la lacune que représente l'absence d'accord dans ce domaine.

¹ RO 2016 1043

1.2 Relations bilatérales entre la Suisse et l'Indonésie

L'Indonésie est le plus grand pays d'Asie du Sud-Est en termes de superficie et de population. Selon les prévisions, l'Indonésie pourrait devenir la quatrième plus grande économie du monde d'ici 2050. L'Indonésie est le seul pays d'Asie du Sud-Est à être représenté dans le groupe du G20, qu'elle a présidé en 2022.

L'Indonésie dispose d'une superficie de plus de 1 900 000 kilomètres carrés et d'une population de plus de 270 millions d'habitants (avec une croissance démographique de +1 % par an). En 2021, le PIB s'élevait à 1 187 milliards de dollars. Après une chute du PIB de -2,1 % en 2020 due à la pandémie, une croissance de 3,7 % a de nouveau été enregistrée en 2021. En termes de puissance économique (PIB), l'Indonésie se classe au 17^e rang mondial.

La Suisse a ouvert une représentation diplomatique en Indonésie en 1952. En 2009, le Conseil fédéral a adopté une stratégie économique extérieure pour l'Indonésie, qui visait à établir des relations économiques plus étroites. La même année, la signature d'un *Memorandum of Understanding* a donné naissance à une commission mixte économique et commerciale à Jakarta, qui se réunit régulièrement. Depuis 2017, *Switzerland Global Enterprise* gère l'un des 22 Swiss Business Hubs à Jakarta, afin de soutenir les entreprises suisses dans leurs activités économiques en Indonésie. La conclusion de l'accord de partenariat économique de large portée entre les États de l'AELE et l'Indonésie² en 2018 a donné une nouvelle base aux relations économiques bilatérales. En 2019, un *Memorandum of Understanding* sur les questions de travail et d'emploi a été signé et le premier échange tripartite sur les questions de travail et d'emploi a eu lieu en octobre 2020. Il existe également une CDI entre la Suisse et l'Indonésie³.

L'Indonésie fait partie, avec le Japon, Singapour et la Chine, des principaux pays de destination des investissements directs de la Suisse en Asie. En 2021, le stock des investissements directs suisses en Indonésie a atteint près de 1,7 milliard de francs suisses. La même année, le nombre d'emplois créés par des entreprises suisses en Indonésie s'établissait à 16 000 (source: Banque nationale suisse [BNS]⁴) et les investisseurs suisses occupaient la 14^e place des investisseurs étrangers dans ce pays (source: Fonds monétaire international [FMI]⁵). Selon les indications de l'autorité indonésienne des investissements (*Investment Coordinating Board, BKPM*), la Suisse a même rejoint en 2021 la 5^e place des principaux investisseurs étrangers en Indonésie. La majeure partie des investissements directs suisses dans ce pays est consacrée à

² Accord de partenariat économique de large portée du 16 décembre 2018 entre les États de l'AELE et l'Indonésie (en vigueur depuis le 1^{er} novembre 2021), RS **0.632.314.271**.

³ Convention du 29 août 1988 entre la Confédération suisse et la République d'Indonésie en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu, Protocole de modification entré en vigueur le 20 mars 2009, RS **0.672.942.71**.

⁴ Les informations de la BNS sur les investissements directs sont disponibles sous: www.snb.ch > Statistiques > Rapports et communiqués de presse > Investissements directs.

⁵ Les données du FMI sont disponibles sous: <https://data.imf.org>.

l'industrie chimique et pharmaceutique. Outre cette dernière, différents autres secteurs de l'économie bénéficient eux aussi d'importants investissements (secteur des machines, industrie alimentaire, logistique et transport, secteur des banques et des assurances). Par contre, les investissements directs indonésiens sont quasiment inexistants en Suisse à l'heure actuelle.

1.3 Déroulement et résultat des négociations

La Suisse et l'Indonésie ont engagé dès 2010 des négociations sur une modernisation de l'API de 1974, parallèlement aux négociations qui étaient menées entre les États de l'Association européenne de libre-échange (AELE) et l'Indonésie concernant un accord de partenariat économique. Or, le gouvernement indonésien a décidé en 2014 de résilier tous ses API existants et, dans un premier temps, de n'en conclure aucun nouveau. Les négociations n'ont donc pas pu continuer et elles ont pu être reprises en 2017 seulement pour être achevées en septembre 2021, après sept tours de négociations.

Le présent API conclu avec l'Indonésie a été approuvé par le Conseil fédéral le 26 janvier 2022 et signé à Davos le 24 mai 2022, sous réserve de ratification. Le résultat des négociations permet à la Suisse d'atteindre son objectif de combler la lacune conventionnelle que la résiliation de l'ancien API avait fait apparaître dans le domaine. L'accord contient des standards de protection modernes, qui protègent les investissements internationaux tout en assurant leur compatibilité avec les objectifs du développement durable.

1.4 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies du Conseil fédéral

L'accord n'est annoncé ni dans le message du 29 janvier 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023⁶ ni dans l'arrêté fédéral du 21 septembre 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023⁷. Il n'en demeure pas moins qu'il est en adéquation avec la ligne directrice 1, en particulier avec l'objectif 4 («La Suisse apporte sa contribution à la mise en place d'un ordre économique mondial solide et assure à son économie l'accès aux marchés internationaux et au marché intérieur de l'UE») du programme de la législature 2019 à 2023.

Dans la stratégie de la politique économique extérieure 2021 du 24 novembre 2021⁸, le Conseil fédéral a défini des champs d'action stratégiques pour le positionnement international des intérêts économiques de la Suisse. Le présent accord apporte une contribution à la mise en œuvre de ces champs d'action, plus particulièrement aux champs d'action 3 («Favoriser des échanges ouverts et fondés sur des règles») et

⁶ FF 2020 1709

⁷ FF 2020 8087

⁸ Stratégie du 24 novembre 2021 de la politique économique extérieure, p. 41, champ d'action 6, disponible sous: www.seco.admin.ch > Économie extérieure > Stratégie de la politique économique extérieure.

6 («Contribuer à la durabilité environnementale et sociale»). Par ailleurs, le Conseil fédéral a présenté dans son rapport du 10 janvier 2018 sur la politique économique extérieure 2017⁹ les principes généraux relatifs à la conclusion d'API ainsi que leur développement et leur réforme. Le présent accord est conforme à ces principes. Enfin, la mesure 18 du plan d'action national relatif aux entreprises et aux droits de l'homme pour les années 2020 à 2023¹⁰ prévoit que, lors de négociations portant sur des accords commerciaux et des API, la Suisse s'engage en faveur de l'adoption de dispositions destinées à assurer la cohérence de ces accords avec les objectifs de développement durable. L'API avec l'Indonésie tient compte de cette mesure (voir ci-dessous, ch. 4.4).

La conclusion de l'API avec l'Indonésie s'inscrit également dans la politique de développement de la Suisse. Depuis 2008, l'Indonésie est l'un des treize pays prioritaires de la coopération économique au développement du Secrétariat d'État à l'économie (SECO). Avec son programme de développement économique 2021–24, le SECO soutient les efforts de réforme de l'Indonésie dans le domaine de l'administration publique, de l'économie, de l'environnement et de la formation professionnelle. Une plus grande durabilité, en particulier dans le domaine des matières premières agricoles, reste une priorité, même après la conclusion de l'accord de partenariat économique entre les États de l'AELE et l'Indonésie.

2 Procédure de consultation

Selon l'art. 3, al. 1, let. c, de la loi du 18 mars 2005 sur la consultation¹¹, les traités internationaux sujets au référendum en vertu de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, de la Constitution (Cst.)¹² font en principe l'objet d'une consultation. Le présent API avec l'Indonésie a donc fait l'objet d'une consultation.

La procédure de consultation a duré du 3 juin au 26 septembre 2022¹³. Les cantons, les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale, les associations faîtières des communes, des villes et des régions de montagne, les associations faîtières de l'économie et d'autres milieux intéressés ont été invités à prendre position.

2.1 Résultats de la procédure de consultation

Au total, 40 prises de position ont été reçues dans le cadre de la procédure de consultation. Les cantons, le PLR et l'UDC, les associations faîtières de l'économie, les as-

⁹ Rapport du Conseil fédéral du 10 janvier 2018 sur la politique économique extérieure 2017, FF 2018 791, ch. 1, p. 802 ss.

¹⁰ Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: plan d'action national de la Suisse 2020–2023, mesure 18, p. 20, disponible sous https://www.nap-bhr.admin.ch/napbhr/fr/home/nap/nationaler_aktionsplan1.html.

¹¹ RS 172.061

¹² RS 101

¹³ Les documents mis en consultation et le rapport sur les résultats de la consultation sont disponibles sous www.fedlex.admin.ch > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2022 > DEFR.

sociations de branches ainsi que d'autres milieux intéressés (32 prises de position) se prononcent en faveur de l'accord. Le PS, l'USS et plusieurs ONG (8 prises de position) ne soutiennent pas le présent API et demandent des adaptations.

Les participants saluent la protection juridique supplémentaire garantie par l'accord pour les investissements suisses en Indonésie. Ils soulignent que l'API comble le vide conventionnel actuel et complète l'accord de partenariat économique entre les États de l'AELE et l'Indonésie, qui est entré en vigueur en 2021. En ce qui concerne le texte de l'accord, la modernisation des dispositions de protection avec une précision des domaines de protection, la disposition relative au droit de réglementer ainsi que les nouvelles dispositions relatives à la responsabilité sociale des entreprises et à l'interdiction de la corruption sont particulièrement saluées. En outre, les dispositions plus détaillées que celles des accords précédents concernant les procédures d'arbitrage entre investisseurs et États, qui prévoient également des mécanismes alternatifs de règlement des différends (médiation), ont été évaluées positivement. Pour le PS, l'USS et plusieurs ONG, les nouveautés ne vont toutefois pas assez loin et ils demandent une adaptation de l'accord, notamment dans les domaines suivants:

Notion d'«investissement»

Plusieurs ONG estiment que la définition d'«investissement» (art. 1, par. 6) est trop large, car elle ne fait pas de distinction entre les investissements polluants, les investissements à forte intensité de carbone et les investissements à faible intensité d'émissions. Ils demandent que la protection des investissements soit limitée aux investissements durables.

Selon l'art. 2, l'accord ne protège que les investissements qui ont été effectués légalement, c'est-à-dire qui respectent les dispositions légales de l'État hôte. Il se fonde donc sur le critère clairement défini de la légalité d'un investissement. Une distinction entre investissements «durables» et «non durables» serait difficile, car il n'y a pas de critères de distinction clairs et reconnus au niveau international. En outre, les trois dimensions de la durabilité (écologique, économique et sociale) doivent être prises en considération.

Obligations pour les investisseurs

Le PS, l'USS et plusieurs ONG demandent que l'accord soit complété par des obligations pour les investisseurs en matière de respect des droits de l'homme et des standards environnementaux, que l'obligation de diligence des entreprises soit inscrite dans l'accord et qu'un mécanisme d'application soit mis en place.

Les API sont des accords spéciaux qui visent à protéger les investissements internationaux. La protection de l'environnement et des droits de l'homme fait l'objet d'accords internationaux spécifiques avec leurs propres mécanismes d'application. Régler toutes ces questions dépasserait le cadre d'un API. Différentes dispositions (p. ex. droit de réglementer, clause générale de dérogation) permettent toutefois d'assurer la cohérence entre les obligations de l'API et les autres obligations de droit international des États contractants. Concrètement, cela signifie qu'un tribunal arbitral doit tenir compte des différents objectifs politiques et les mettre en balance lorsqu'il applique et interprète un API. Les API et les accords internationaux sur la protection de l'environnement et des droits de l'homme se soutiennent mutuellement à cet égard.

Selon l'art. 2 de l'API, seuls les investissements réalisés légalement sont protégés. Un investisseur doit donc respecter ses obligations légales lors de la réalisation d'un investissement pour pouvoir se prévaloir de la protection de l'API. Si un investisseur enfreint les lois nationales, l'État hôte dispose de différents instruments pour agir contre lui en vertu de sa puissance publique (p. ex. blocage des avoirs, retrait de la licence, fermeture forcée d'une installation de production, plainte devant les tribunaux nationaux, etc.) En outre, dans le cadre d'une procédure d'arbitrage investisseur-État, l'État défendeur a la possibilité d'intenter une contre-action si l'investisseur a enfreint le droit national en rapport avec l'investissement concerné. Les obligations des investisseurs sont donc déjà largement prises en compte dans le présent API.

Droit de réglementer

Le PS, l'USS et les ONG estiment que l'accord ne protège pas suffisamment le droit de réglementer des États parties et demandent des garanties supplémentaires.

L'art. 12 de l'API réaffirme le droit des États parties d'adopter des réglementations appropriées pour la protection des intérêts publics. Cet article ne diffère pas des dispositions correspondantes dans les API récents d'autres États. La disposition relative au droit de réglementer est en outre complétée par les exceptions générales prévues à l'art. 41 de l'accord. Le droit de réglementer est ainsi dûment pris en compte.

Procédure d'arbitrage investisseur-État

Le PS, l'USS et les ONG demandent que l'on renonce aux procédures d'arbitrage entre investisseurs et États ou, du moins, que l'on restreigne l'accès à ces procédures, par exemple en exigeant l'épuisement des voies de droit nationales avant de recourir à l'arbitrage.

Les investisseurs prennent des risques particuliers, car ils placent généralement de grosses sommes d'argent à l'étranger sur une longue période (souvent des décennies). Des conditions-cadres stables et la sécurité juridique sont donc des conditions importantes pour de telles décisions d'investissement. C'est pourquoi presque tous les API conclus dans le monde ces dernières années prévoient une protection juridique supplémentaire pour les investisseurs étrangers par le biais d'une procédure d'arbitrage investisseur-État. On renonce à l'exigence d'épuisement des voies de droit nationales, car les procédures nationales peuvent durer très longtemps, ce qui rendrait impossible l'accès à l'arbitrage international pendant des années. Dans ce contexte, il est justifié de permettre aux investisseurs de recourir directement à un tribunal arbitral international indépendant en cas de litige, également dans le cadre de l'API avec l'Indonésie.

Ces dernières années, les procédures d'arbitrage entre investisseurs et États ont fait l'objet de critiques croissantes. Les critiques portaient notamment sur le manque de transparence des procédures d'arbitrage, les coûts de procédure élevés et les éventuels conflits d'intérêts des arbitres. L'API avec l'Indonésie tient compte de ces critiques en introduisant de nouvelles dispositions relatives à la transparence (art. 16), à la répartition des frais (art. 27) et à la garantie des frais (art. 28), ainsi qu'un code de conduite pour les arbitres (annexe B).

2.2 Conclusion

Par rapport aux accords conclus précédemment par la Suisse, l'API avec l'Indonésie contient plusieurs nouvelles dispositions visant à garantir la compatibilité des objectifs de protection des investissements avec les objectifs de développement durable et les besoins spécifiques des pays en développement. En cela, il ne se distingue pas de la pratique conventionnelle d'autres États, comme par exemple les nouveaux API entre l'Indonésie et l'Australie ou entre l'Indonésie et Singapour. L'UE négocie actuellement avec l'Indonésie – dans le cadre de l'accord de libre-échange – un chapitre complet sur la protection des investissements, qui suit une approche de négociation comparable.

La grande majorité des participants à la consultation soutient l'API avec l'Indonésie dans sa forme actuelle. L'accord tient déjà compte de plusieurs préoccupations exprimées dans les prises de position critiques. Les propositions d'adaptation allant au-delà conduiraient à un affaiblissement de la protection des investissements. Les investisseurs suisses seraient ainsi moins bien lotis que les investisseurs d'autres pays. Dans ce contexte, le Conseil fédéral renonce à une adaptation de l'accord.

3 Présentation de l'accord

3.1 Contenu

L'API vise à offrir aux investissements réalisés en Indonésie par des entreprises et des ressortissants suisses et, inversement, aux investissements réalisés en Suisse par des investisseurs indonésiens, une protection contre les risques politiques au niveau d'un traité international. Il met l'accent sur les standards de protection suivants: protection contre la discrimination étatique des investisseurs étrangers par rapport aux investisseurs nationaux (traitement national) et aux investisseurs de pays tiers (traitement de la nation la plus favorisée); protection contre les expropriations illégales et indemniées de manière inadéquate; protection contre les restrictions de transfert de revenus et d'autres montants en lien avec des investissements; garantie d'un traitement juste et équitable. Les procédures de règlement des différends permettent, si nécessaire, de faire valoir le respect des dispositions conventionnelles devant un tribunal arbitral international. L'API protège uniquement les investissements réalisés en toute légalité, c'est-à-dire dans le respect des dispositions légales de l'État hôte (voir ch. 3.2). Les investisseurs enfreignant les lois (en cas de corruption p. ex.) ne peuvent pas invoquer la protection des investissements.

L'accord est composé d'un préambule, de quatre chapitres incluant les notes de bas de page et de deux annexes. Le chapitre I porte sur les définitions et le champ d'application de l'accord. Le chapitre II comprend les dispositions centrales de protection des investissements et le chapitre III celles afférentes au règlement des différends. Enfin, le chapitre IV contient les dispositions générales, les exceptions et les dispositions finales. L'annexe A complète l'article consacré à l'expropriation et l'annexe B contient un code de conduite pour les arbitres. Conformément à la compréhension commune des deux parties, les notes de bas de page font partie intégrante de l'accord et ont le même caractère juridiquement contraignant que le texte de l'accord.

L'accord a été signé en anglais, en français et en indonésien. La version anglaise prévaut en cas de divergences.

3.2 Appréciation

L'objectif de la politique économique extérieure est d'assurer aux entreprises suisses les mêmes conditions d'accès aux marchés étrangers que leurs concurrents étrangers. Il est dans l'intérêt de la Suisse, en tant que pays d'origine d'investissements internationaux important, de créer des conditions-cadres favorables aux activités de ses entreprises à l'étranger et de leur offrir une protection juridique efficace. Les API constituent – avec les accords de libre-échange et les CDI – un pilier de la politique économique extérieure du Conseil fédéral. Le présent API avec l'Indonésie vient ainsi compléter le cadre conventionnel existant, qui comprend un accord de partenariat économique et une CDI (cf. ch. 1.2). Il offre une sécurité juridique accrue aux investisseurs suisses qui sont déjà présents sur place ou envisagent d'y réaliser des investissements et, partant, a aussi une incidence positive sur les flux d'investissement entre la Suisse et l'Indonésie.

Le nouvel API entre la Suisse et l'Indonésie garantit aux investisseurs suisses les mêmes conditions que celles dont bénéficient les investisseurs d'autres pays. Le nouvel API entre l'Indonésie et Singapour est entré en vigueur en 2021, tandis que l'accord de partenariat économique entre l'Indonésie et l'Australie, qui contient un chapitre sur la protection des investissements de large portée, s'applique depuis 2020 déjà. L'accord de libre-échange entre l'Indonésie et l'UE, en cours de négociation, doit lui aussi contenir un chapitre sur la protection des investissements, qui remplacera les accords bilatéraux de protection des investissements que l'Indonésie avait conclus avec les différents États membres de l'UE et qu'elle a résiliés. Dans ce contexte, le présent accord garantit aux investisseurs suisses des conditions de concurrence équivalentes à celles des investisseurs étrangers et contribue à l'attrait de la place économique suisse.

Ces dernières années, une réforme des API et des procédures d'arbitrage entre investisseurs et États qu'ils prévoient s'est avérée nécessaire. En conséquence, la Suisse n'a cessé de développer sa pratique en matière d'API. Le présent accord avec l'Indonésie est le premier accord de ce type conclu par la Suisse qui repose sur une nouvelle base de négociation. Il s'appuie sur la pratique conventionnelle actuelle de la Suisse et a pour objectif de créer un climat favorable et des conditions-cadres stables pour les investissements étrangers. Par rapport aux accords conclus jusqu'à présent, il contient des dispositions supplémentaires ou plus détaillées afin de limiter la marge d'appréciation des tribunaux arbitraux dans l'interprétation et l'application de l'accord. En outre, des dispositions spécifiques, notamment sur le droit de réglementer des États, garantissent la compatibilité des objectifs de protection des investissements avec les objectifs de développement durable. Les développements actuels dans la pratique de négociation internationale sont ainsi pris en compte.

4 Commentaires des dispositions de l'accord

4.1 Préambule

Le préambule énonce les objectifs généraux des parties et fournit ainsi des orientations pour l'interprétation de l'accord. Il souligne l'importance des investissements internationaux pour le développement économique et la prospérité des deux pays. L'importance de la coopération entre les parties et du développement durable y est particulièrement soulignée. Les parties contractantes établissent qu'il n'est pas approprié d'abaisser les normes en matière de santé, de sécurité, de travail et d'environnement dans le but de promouvoir les investissements. Elles réaffirment également leur attachement aux droits et principes fondamentaux dans le domaine de la démocratie, de l'État de droit et des droits de l'homme, notamment la Charte des Nations unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme.

4.2 Chapitre 1: définitions et champ d'application

Art. 1 Définitions

Cet article contient les définitions des principaux termes utilisés dans l'accord, notamment les termes «investissement» et «investisseur», ce dernier pouvant être une personne physique ou morale. La définition du terme «investisseur» prévoit en outre que seule une personne morale exerçant une activité économique effective dans son pays d'origine est considérée comme un investisseur au sens de l'accord. Cette définition vise à exclure du champ d'application de l'accord les sociétés dites «boîtes aux lettres».

Les termes «monnaie librement convertible», «entreprise résidente», «revenus» et «territoire» sont également définis.

Art. 2 Champ d'application de l'Accord

Conformément à l'art. 2, l'API s'applique aux investissements réalisés sur le territoire d'une partie par des investisseurs de l'autre partie avant ou après l'entrée en vigueur de l'accord (par. 1). Il ne s'applique toutefois pas aux différends relatifs à des événements antérieurs à l'entrée en vigueur de l'accord (par. 2). L'accord ne protège que les investissements qui ont été réalisés légalement, c'est-à-dire en conformité avec les lois et règlements de l'État hôte. Les investisseurs qui n'ont pas respecté les lois lors de la réalisation de l'investissement (p. ex. en cas de délits de corruption) ne peuvent donc pas invoquer l'API.

En outre, les marchés publics sont exclus du champ d'application de l'accord (par. 3). Enfin, l'art. 5 (traitement national) ne s'applique pas aux subventions ou aux aides d'une partie contractante (par. 4).

Art. 3 Mesures fiscales

L'art. 3 règle le champ d'application de l'accord aux mesures fiscales. Celles-ci n'entrent dans le champ d'application que si elles concernent le domaine de protection de

l'art. 7 (expropriation) ou de l'art. 9 (transfert) de l'accord (par. 1 et 2). Dans ce cas, une procédure d'arbitrage entre investisseur et État est en principe également possible (par. 3). Une telle procédure ne peut toutefois être engagée que si les autorités fiscales des deux parties contractantes ne sont pas parvenues à se mettre d'accord dans un délai de 360 jours sur le fait qu'il n'y a pas eu de violation de l'API (par. 4). L'article contient ensuite des critères permettant de déterminer si une mesure fiscale constitue une expropriation (pa. 5). En cas d'incompatibilité entre la norme de l'API et une convention fiscale, cette dernière prévaut (par. 6).

4.3 Chapitre 2: protection des investissements

Art. 4 Traitement des investissements

Selon l'art. 4, les parties contractantes s'engagent à accorder un traitement juste et équitable aux investissements des investisseurs de l'autre partie contractante et à garantir une protection et une sécurité totales (par. 1). Contrairement aux accords conclus précédemment, le domaine de protection est concrétisé, entre autres, par l'inclusion d'une liste exhaustive de faits constitutifs qui enfreignent ce standard. En font partie le déni de justice dans les procédures judiciaires et administratives, l'arbitraire manifeste ou le traitement abusif d'investisseurs étrangers (par. 2). La liste contenue dans l'accord peut être élargie par les deux parties contractantes (par. 3). L'article contient ensuite des indications supplémentaires sur la portée de la disposition de protection (par. 4 à 7).

Art. 5 Traitement national

L'art. 5 prévoit que les investisseurs et les investissements des investisseurs de l'autre partie bénéficient du même traitement que les propres investisseurs et leurs investissements (traitement national).

Art. 6 Traitement de la nation la plus favorisée

L'art. 6 garantit que les investisseurs et les investissements des investisseurs de l'autre partie contractante bénéficient du même traitement que les investisseurs d'un État tiers et leurs investissements (traitement dit de la nation la plus favorisée). Sont exclus les avantages accordés à un État tiers, notamment dans le cadre d'un accord d'investissement conclu antérieurement, d'une zone de libre-échange ou d'une union douanière, ou encore d'un accord visant à éviter la double imposition (par. 3). En outre, le traitement de la nation la plus favorisée n'inclut pas les dispositions relatives aux procédures internationales de règlement des différends prévues par d'autres accords internationaux (par. 4). Un investisseur ne peut donc pas exiger que des règles de procédure issues d'un autre accord international soient appliquées dans le cadre d'une procédure d'arbitrage entre un investisseur et l'État d'accueil (cf. art. 15 ss). En ce qui concerne les dispositions matérielles de protection, il n'est possible d'invoquer le traitement de la nation la plus favorisée que si, en plus de la disposition conventionnelle contenue dans un autre accord international, il existe une discrimination de fait résultant d'une mesure concrète prise par l'État hôte (par. 5).

Art. 7 Expropriation

Conformément à l'interdiction d'expropriation sans compensation prévue à l'art. 7, aucun investissement ne peut être exproprié par des investisseurs de l'autre partie contractante sans qu'il existe un intérêt public, qu'une procédure d'expropriation non discriminatoire ait été menée et qu'une compensation correspondant à la valeur du marché ait été versée. Contrairement aux accords conclus précédemment, l'annexe A décrit en détail ce qui relève de l'expropriation, et notamment de l'expropriation indirecte (par. 1 et 2).

L'article contient ensuite des dispositions spécifiques, notamment des critères d'évaluation pour la détermination de la valeur marchande (par. 3 et 4). En cas d'expropriation de terrains, la procédure est régie par le droit national. Ici aussi, l'expropriation présuppose toujours un intérêt public et le versement d'une indemnité correspondant à la valeur du marché (par. 5). Selon le par. 6, l'article ne s'applique pas à l'octroi de licences obligatoires ou à d'autres restrictions des droits de propriété intellectuelle, pour autant qu'elles soient compatibles avec l'Accord du 15 avril 1994 sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (accord sur les ADPIC)¹⁴.

Art. 8 Indemnisation des pertes

L'art. 8 prévoit qu'en cas de pertes dues à un conflit armé ou à des troubles civils, les investissements des investisseurs de l'autre partie contractante doivent bénéficier du même traitement en matière d'indemnisation, etc. que les propres investisseurs ou les investisseurs d'un État tiers, selon celui qui est le plus favorable (par. 1). En cas de confiscation ou de destruction injustifiée d'un investissement par les forces armées de l'État hôte, une indemnisation complète doit être versée (par. 2).

Art. 9 Transferts

L'art. 9 garantit que les transferts liés aux investissements peuvent être effectués sans restriction ni retard à l'entrée et à la sortie du territoire de l'État hôte. Cela s'applique en particulier aux revenus, aux redevances, aux prestations en capital supplémentaires pour l'entretien ou l'extension de l'investissement ainsi qu'au produit de la cession ou de la liquidation partielle ou totale d'un investissement (par. 1). Ces transferts sont en principe effectués dans une monnaie librement convertible, au taux de change du marché en vigueur à la date du transfert (par. 2). Le par. 3 précise que l'application non discriminatoire et de bonne foi de la législation des parties contractantes est autorisée, notamment dans le domaine de la protection des créanciers ou de la fiscalité, ainsi que pour l'exécution de jugements ou de décisions administratives. Les droits et obligations des parties contractantes au sens des Statuts du 22 juillet 1944 du Fonds monétaire international¹⁵ (statuts du FMI) ne sont pas affectés par l'API (par. 4). Le par. 5 précise qu'un retard de 2 mois au maximum est autorisé pour les formalités de transfert.

¹⁴ RS 0.632.20, annexe 1C

¹⁵ RS 0.979.1

Art. 10 Restrictions destinées à protéger l'équilibre de la balance des paiements

L'art. 10 donne aux parties contractantes la possibilité de restreindre les mouvements de capitaux en cas de graves difficultés de la balance des paiements (par. 1). De telles restrictions doivent être compatibles avec les statuts du FMI. Elles doivent en outre être proportionnées, temporaires et non discriminatoires (par. 2).

Art. 11 Subrogation

L'art. 11 prévoit que les parties reconnaissent le transfert des droits d'un investisseur à l'autre partie ou à une institution désignée par celle-ci (subrogation), lorsque l'investisseur a déjà été indemnisé par cette dernière sur la base d'une garantie ou d'un contrat d'assurance pour les dommages liés à des risques non commerciaux.

Art. 12 Droit de réglementer

L'art. 12 confirme le droit des parties contractantes d'adopter des réglementations appropriées pour la protection des intérêts publics, notamment la santé publique, la sécurité et la protection de l'environnement (droit de réglementer). Cette disposition permet d'éviter que l'API ne limite la marge de manœuvre politique des États en matière de protection des intérêts publics. Les pays en développement comme l'Indonésie ont parfois un besoin de rattrapage en matière de réglementation (p. ex. protection de l'environnement) et essaient donc non seulement d'encourager les investissements directs étrangers, mais aussi de les réglementer davantage. L'API ne doit pas empêcher cela. De telles réglementations doivent toutefois être conformes à l'accord et respecter les principes essentiels tels que la non-discrimination et la proportionnalité.

Art. 13 Responsabilité sociétale des entreprises

Le présent API contient pour la première fois une disposition spécifique sur la responsabilité sociétale des entreprises, qui vise à garantir la compatibilité entre la protection des investissements et le développement durable. Selon l'art. 13, chaque partie s'engage à encourager les entreprises situées sur son territoire à respecter les normes de bonne gouvernance internationalement reconnues et soutenues par cette partie.

Art. 14 Mesures contre la corruption

Contrairement aux accords conclus précédemment, le présent accord contient pour la première fois une disposition relative à la lutte contre la corruption. L'art. 14 prévoit explicitement que les investisseurs ne doivent pas se livrer à des actes de corruption avant ou après la réalisation d'un investissement. Ils sont donc tenus de respecter les dispositions légales correspondantes des deux parties contractantes.

4.4 Chapitre 3: règlement des différends

L'accord contient une section sur le règlement des différends entre une partie contractante et un investisseur de l'autre partie contractante («arbitrage investisseur-État») et une section sur le règlement des différends entre les parties contractantes.

4.4.1 Règlement des différends entre une partie et un investisseur de l'autre partie

Depuis les années 90, la Suisse, comme la plupart des autres pays, prévoit dans ses API un mécanisme d'arbitrage investisseur-État. Celui-ci permet à l'investisseur de soumettre un litige avec l'État hôte directement à un tribunal arbitral international indépendant, sans l'intervention de son État d'origine. Le présent accord reflète pour la première fois la nouvelle approche de négociation de la Suisse, qui prévoit des dispositions supplémentaires sur l'arbitrage investisseur-État. En ce qui concerne les règles de procédure, l'API renvoie toujours à l'arbitrage choisi par les parties au litige, mais règle directement dans l'accord des principes de procédure importants.

En cas de litige, l'investisseur peut choisir entre la voie judiciaire nationale dans l'État d'accueil et un arbitrage investisseur-État. L'accès à un tribunal arbitral international offre aux investisseurs une protection juridique supplémentaire, par exemple lorsque l'indépendance et l'efficacité des tribunaux nationaux dans l'État hôte ne sont pas entièrement garanties. Afin d'éviter les plaintes multiples, l'API interdit à l'investisseur de poursuivre le même litige à la fois par la voie nationale et par la voie internationale (voir à le commentaire de l'art. 19). L'accès à la procédure d'arbitrage n'est pas subordonné à l'épuisement préalable des voies de droit nationales, car cela prendrait plusieurs années et entraînerait un retard juridique important. Si l'investisseur choisit d'abord la voie de droit nationale, il ne perd pas l'accès à l'arbitrage, car cela inciterait à renoncer à la voie de droit nationale, contrairement aux intérêts des États hôtes.

Le droit d'action directe de l'investisseur contre l'État hôte permet d'éviter que l'État d'origine de l'investisseur agisse contre l'État hôte en cas de litige dans le cadre de la protection diplomatique, ce qui pourrait donner lieu à un conflit interétatique.

Art. 15 Champ d'application

L'art. 15 définit le champ d'application de l'arbitrage investisseur-État et prévoit que celui-ci ne s'applique qu'aux différends relatifs aux investissements survenus après l'entrée en vigueur de l'accord (par. 1 et 2). Une personne physique qui possède la nationalité d'une partie contractante ne peut pas engager de procédure d'arbitrage contre cette partie (par. 3). Une personne morale ne peut pas demander l'arbitrage d'une partie si elle est détenue ou contrôlée par un investisseur d'un État tiers avec lequel la partie défenderesse n'a pas de relations diplomatiques (par. 4).

Art. 16 Transparence de la procédure d'arbitrage

L'art. 16 sur la transparence prévoit que les parties doivent rendre publiques toutes les sentences et décisions du tribunal arbitral (par. 1). Les informations confidentielles sont exclues de la publication. Il s'agit d'informations dont la publication porterait atteinte aux intérêts de sécurité de l'État ou à des intérêts économiques légitimes (par. 2 et 3). En outre, les audiences des tribunaux arbitraux sont en principe publiques, à moins que les deux parties au litige n'en décident autrement (par. 4).

Art. 17 Consultations

L'art. 17 prévoit une phase de consultation avant l'introduction d'une procédure d'arbitrage, au cours de laquelle une solution à l'amiable doit être recherchée (par. 1). La demande écrite de consultations doit contenir les informations énumérées au par. 2.

Art. 18 Médiation

Si le litige ne peut être résolu par des consultations, l'art. 18 offre d'autres possibilités, telles que la médiation, pour un accord extrajudiciaire entre les parties au litige (par. 1). Cette procédure amiable peut être engagée dans les 6 mois suivant la demande de consultations par l'une des parties au litige (par. 2). Les frais de procédure sont supportés à parts égales par les parties au litige (par. 3).

Art. 19 Dépôt d'une plainte

Si le litige n'a pas pu être résolu dans les 12 mois suivant la demande de consultations, une plainte peut être déposée devant un tribunal arbitral international conformément à l'art. 19. L'investisseur a alors le choix entre une procédure d'arbitrage selon le règlement du CIRDI, le règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou d'autres règles d'arbitrage convenues en commun (par. 1). Les règles du règlement d'arbitrage choisi s'appliquent pour autant que l'API ne contient pas de règles de procédure spécifiques. En cas de conflit entre les règles de procédure de l'API et le règlement d'arbitrage applicable, l'API prévaut en tant que *lex specialis* (par. 2).

L'article prévoit également l'accord préalable des deux États contractants pour soumettre les litiges liés à l'application de l'API à l'arbitrage international (par. 3 et 4). L'investisseur demandeur doit informer l'État défendeur de son intention de déposer une plainte par courrier 90 jours avant le dépôt de la plainte. Si l'investisseur décide de saisir un tribunal arbitral international, il est tenu de ne pas poursuivre toutes les procédures nationales et internationales en cours concernant la même affaire et de ne pas engager de nouvelles procédures (par. 5). Une plainte ne peut être déposée que s'il n'existe pas déjà une sentence arbitrale définitive d'un autre tribunal arbitral international sur la même mesure (par. 6). En outre, l'investisseur doit déposer sa plainte au plus tard 24 mois après la demande de consultations (par. 7). Enfin, la disposition prévoit un délai maximal de 5 ans à compter de la date à laquelle l'investisseur a eu connaissance ou aurait pu avoir connaissance de la violation de l'API (par. 8).

Art. 20 Financement par des tiers

En vertu de l'art. 20, les parties au litige doivent notifier tout financement de la procédure par des tiers (par. 1 et 2). En cas de non-respect de cette obligation, le tribunal arbitral peut en tenir compte dans la répartition des frais ou ordonner la suspension ou la clôture de la procédure (par. 3).

Art. 21 Constitution du tribunal arbitral

Selon l'art. 21, un tribunal arbitral se compose de trois arbitres, dont deux sont désignés par les parties au litige et le troisième par les deux arbitres élus. Ils ne doivent pas être des ressortissants des deux parties contractantes (par. 1). Si les parties au différend ne parviennent pas à constituer le tribunal arbitral dans un délai de 90 jours, la constitution du tribunal arbitral est effectuée par le secrétaire général du CIRDI (par. 2). La disposition prévoit en outre que les arbitres doivent disposer d'une expertise en droit international public et en droit international des investissements (par. 3). En cas de démission d'un arbitre, son successeur est désigné selon les mêmes règles (par. 4). Enfin, les arbitres doivent respecter le code de conduite figurant à l'annexe B de la convention (par. 5).

Art. 22 Droit applicable et interprétation conjointe

L'art. 22 définit le droit applicable comme étant l'API lui-même et tout autre droit pertinent (par. 1). Si des questions d'interprétation de l'API se posent, les parties ont la possibilité de se mettre d'accord sur une interprétation commune. Les parties déterminent la date à partir de laquelle l'interprétation commune sera contraignante pour les tribunaux arbitraux (par. 2).

Art. 23 Siège de l'arbitrage

Afin de garantir la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale, l'art. 23 prévoit que le tribunal arbitral doit avoir son siège dans un État qui a ratifié la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères¹⁶.

Art. 24 Procédure d'arbitrage

Les parties contractantes ont été sensibilisées, sur la base de leur propre expérience en matière de plaintes infondées, à l'importance de la possibilité pour un tribunal arbitral de rejeter des plaintes infondées dans le cadre d'une procédure rapide. Comme tous les règlements d'arbitrage ne prévoient pas une telle disposition, il est important d'inclure une disposition correspondante dans l'API. L'art. 24 précise les circonstances dans lesquelles un tribunal arbitral peut rejeter une plainte comme étant non fondée. Une telle objection doit être soulevée dans les 45 jours (par. 1 et 2). Le tribunal arbitral dissocie alors la procédure de recevabilité de la procédure principale (par. 3). La décision sur la recevabilité doit être rendue dans le cadre d'une procédure accélérée dans un délai de 150 jours (par. 4).

¹⁶ RS 0.277.12

Art. 25 Protection diplomatique

L'art. 25 prévoit que la partie contractante dont l'investisseur a déposé une plainte doit renoncer à la protection diplomatique pendant la procédure jusqu'à ce que le tribunal arbitral ait rendu sa décision.

Art. 26 Sentences

Conformément à l'art. 26, le tribunal arbitral peut accorder à la partie gagnante des dommages et intérêts, y compris des intérêts ou le remplacement de la propriété, mais pas de dommages et intérêts punitifs. La décision du tribunal arbitral est contraignante pour les parties. Elle devient formellement exécutoire après 120 jours (CIRDI) ou après 90 jours (CNUDCI, Mécanisme supplémentaire du CIRDI ou autres tribunaux arbitraux *ad hoc*) si aucune révision ou annulation de la sentence n'a été demandée. Si de telles procédures de recours ont été engagés, la sentence devient définitive à l'issue de celles-ci.

Art. 27 Frais

L'art. 27 donne au tribunal arbitral la compétence de régler la répartition des frais. Même s'il peut tenir compte de l'ensemble des circonstances de la procédure, les frais sont en principe à la charge de la partie perdante.

Art. 28 Sûretés en garantie des frais

S'il existe des raisons de penser qu'une partie au différend ne pourra pas assumer les frais de la procédure, le tribunal arbitral a la possibilité, en vertu de l'art. 28, de demander à la partie adverse de fournir une garantie pour les frais (par. 1). La disposition contient ensuite des critères pour l'évaluation d'une telle demande et des directives concernant la procédure (par. 2 et 3). Le tribunal arbitral peut suspendre ou clore la procédure si une partie au différend ne se conforme pas à l'injonction de fournir une garantie (par. 4).

Art. 29 Jonction

Si plusieurs procédures d'arbitrage sont engagées concernant les mêmes questions de droit ou de fait et découlant des mêmes événements, les parties impliquées peuvent, conformément à l'art. 29, convenir de regrouper les procédures dans la mesure du possible.

Art. 30 Désistement

Si l'investisseur ne prend pas les mesures procédurales nécessaires dans les 180 jours suivant le dépôt de sa plainte, il est réputé avoir retiré sa plainte conformément à l'art. 30. A la demande de la partie défenderesse, le tribunal arbitral met fin à la procédure après en avoir informé les parties au différend.

Art. 31 Notification des documents

L'art. 31 précise l'adresse de notification des documents et autres pièces dans le cadre d'une procédure d'arbitrage investisseur-État.

4.4.2 Règlement des différends entre les parties

Outre l'arbitrage investisseur-État, l'accord prévoit également une procédure de règlement des différends entre les parties contractantes (dite «arbitrage État-État»).

Art. 32 Champ d'application

L'art. 32 définit le champ d'application de l'arbitrage État-État. Il s'applique donc aux litiges concernant l'interprétation ou l'application des dispositions de l'API.

Art. 33 Consultations

Selon l'art. 33, chaque partie peut demander des consultations si l'interprétation ou l'application de l'accord n'est pas claire. Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord dans un délai de 6 mois malgré les consultations, le différend peut être soumis à un tribunal arbitral.

Art. 34 Constitution du tribunal arbitral

Une partie contractante peut engager une procédure d'arbitrage en adressant une demande écrite à l'autre partie contractante (par. 1). Chaque partie contractante désigne ensuite un arbitre, qui désigne à son tour conjointement l'arbitre président (par. 2). S'il n'est pas possible de constituer le tribunal arbitral dans les délais impartis, les nominations sont effectuées par le secrétaire général du CIRDI (par. 2 et 3). Tous les arbitres doivent avoir des connaissances en droit international public, en droit international des investissements et en arbitrage. Les arbitres doivent également être impartiaux et ne pas accepter d'instructions de la part des parties contractantes (par. 4). En cas de démission d'un arbitre, son successeur est désigné selon les mêmes conditions (par. 5). Enfin, l'article prévoit que les frais sont en principe supportés à parts égales par les parties contractantes, à moins que le tribunal arbitral ne décide d'une répartition différente (par. 6).

Art. 35 Siège de l'arbitrage

L'art. 35 prévoit que le tribunal arbitral fixe le siège de l'arbitrage, à moins que les parties n'en conviennent autrement.

Art. 36 Procédure d'arbitrage

Conformément à l'art. 36, le tribunal arbitral fixe lui-même les règles de procédure (par. 1). Il interprète l'API conformément aux règles applicables du droit international (par. 2) et rend une sentence arbitrale qui lie les deux parties (par. 3).

4.5 **Chapitre 4: dispositions générales, exceptions et dispositions finales**

Art. 37 Conditions plus favorables

Conformément à l'art. 37, si d'autres dispositions nationales ou obligations internationales entre les parties contractantes accordent aux investisseurs un traitement plus favorable que celui prévu par l'API, celles-ci ne sont pas affectées par l'API. Cette disposition de l'API ne crée pas de droits supplémentaires pour les investisseurs. En même temps, la conclusion de l'API ne doit pas limiter les droits existants des investisseurs.

Art. 38 Refus d'accorder des avantages

L'art. 38 prévoit qu'une partie peut refuser la protection de l'API à un investisseur qui est une personne morale, si cette personne morale est contrôlée par un investisseur d'un État tiers et n'a pas d'activité commerciale substantielle sur le territoire de l'autre partie (par. 1). Cela permet d'éviter que des investisseurs de pays tiers puissent profiter de l'API en créant par exemple une société dite «boîte aux lettres» dans l'un des deux États contractants. La protection offerte par l'API peut également être refusée si le recours à l'API entraîne une violation ou un contournement des mesures prises par une partie contractante pour préserver la paix et la sécurité internationales, telles que les sanctions (par. 2).

Art. 39 Transparence

À l'art. 39, les deux parties s'engagent à rendre accessibles au public, sans délai, toutes les bases légales qui ont une influence sur les investissements des investisseurs (par. 1). En outre, chaque partie doit répondre dans un délai raisonnable aux questions de l'autre partie concernant les bases légales (par. 2).

Art. 40 Divulgaration de renseignements

L'art. 40 prévoit que les parties peuvent exiger des investisseurs qu'ils fournissent des informations à des fins statistiques. Les parties s'engagent en même temps à protéger les informations confidentielles contre toute divulgation (par. 1). Les parties elles-mêmes ne sont pas tenues de divulguer des informations confidentielles lorsqu'il existe un intérêt particulier à les protéger (par. 2).

Art. 41 Exceptions générales

L'art. 41 prévoit que l'API ne doit pas empêcher une partie de prendre les mesures non discriminatoires et proportionnées nécessaires à la protection de certains intérêts publics, tels que l'ordre public ou la protection de la vie et de la santé des personnes, des animaux ou des plantes. Cette disposition correspond dans une large mesure aux exceptions générales prévues à l'art. XIV de l'accord général sur le commerce des

services (AGCS)¹⁷ ou à l'art. XX de l'Accord général du 30 octobre 1947 sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)¹⁸.

Art. 42 Mesures prudentielles

L'art. 42 prévoit que la conclusion de l'API n'empêche pas les parties de prendre des mesures prudentielles non discriminatoires pour assurer la stabilité du système financier.

Art. 43 Promotion et facilitation des investissements

L'art. 43 prévoit que les deux parties s'efforcent de simplifier et d'encourager les investissements entre elles (par. 1). Cette coopération peut s'appuyer sur les accords existants, tels que l'accord de partenariat économique entre les États de l'AELE et l'Indonésie (par. 2). Cet article n'a pas d'incidence sur les dispositions de protection prévues par l'API et ne peut pas faire l'objet d'une procédure de règlement des différends (par. 3).

Art. 44 Entrée en vigueur, durée et extinction

Conformément à l'art. 44, l'API entrera en vigueur dès que les deux parties auront achevé les procédures nationales relatives à l'entrée en vigueur des accords internationaux (par. 1). Il reste en vigueur pour une période initiale de 10 ans, après quoi il est automatiquement renouvelé pour une durée indéterminée, même s'il peut être dénoncé moyennant un préavis de 1 an (par. 4). Les investissements réalisés avant la dénonciation de l'accord sont protégés par l'API pendant 10 ans supplémentaires en cas de dénonciation (par. 5).

Sous l'ancien API avec l'Indonésie, qui a cessé de produire effet le 8 avril 2016, les plaintes peuvent encore être déposées, conformément à son art. 11¹⁹, pendant un certain délai de transition, c'est-à-dire jusqu'à l'expiration de la durée d'autorisation de l'investissement concerné. Selon l'art. 44, cette possibilité est limitée et les actions en justice dans le cadre de l'ancien API ne peuvent plus être engagées que pendant 1 an à compter de l'entrée en vigueur du nouvel API (par. 2). A partir de cette date, les actions en justice ne sont donc plus possibles que sous le nouvel API.

¹⁷ RS 0.632.20, annexe 1B

¹⁸ RS 0.632.21

¹⁹ L'article 11 de l'API du 6 février 1974 résilié est le suivant (texte original en français): «En cas de dénonciation de la présente Convention, les dispositions qui y sont prévues s'appliqueront encore *pendant la durée autorisée des investissements* admis par les parties Contractantes avant la dénonciation de la présente Convention.»

4.6 Annexes

4.6.1 Annexe A: expropriation

Les précédents API ne définissaient pas la notion d'expropriation indirecte et laissaient cette tâche aux tribunaux arbitraux lors de l'application et de l'interprétation des accords. Le présent accord fournit des informations supplémentaires afin de guider les tribunaux arbitraux dans la distinction entre l'expropriation indirecte donnant lieu à une indemnisation et les autres mesures ne donnant pas lieu à une indemnisation. L'annexe A contient à cet effet une définition des termes «expropriation directe» et «expropriation indirecte». Elle contient également une liste de critères (p. ex., l'impact économique, la durée, l'objectif et la proportionnalité d'une mesure) permettant de déterminer, lors de l'examen de cas spécifiques, si les mesures étatiques constituent une expropriation indirecte. L'inclusion de telles précisions dans l'accord contribue à éviter d'éventuelles interprétations extensives dans les procédures d'arbitrage et augmente ainsi la sécurité juridique pour les États hôtes et les investisseurs. L'annexe correspond en grande partie à une annexe analogue de l'accord économique et commercial entre l'UE et le Canada (AECG), qui a également été reprise par de nombreux autres États dans leur pratique conventionnelle.

4.6.2 Annexe B: code de conduite des arbitres

L'annexe B contient, sur la base de l'art. 21, par. 5, de l'API, des règles de conduite pour les arbitres dans une procédure d'arbitrage investisseur-État. Ceux-ci sont tenus de déclarer tous les intérêts et relations qui pourraient conduire à un conflit d'intérêts et créer une apparence de partialité. Ils doivent en outre veiller à ce que les procédures d'arbitrage soient équitables et menées dans les délais. Ensuite, ils doivent tenir compte de diverses exigences afin de préserver leur indépendance et leur impartialité. Enfin, ils doivent garantir la protection des informations confidentielles et s'assurer que leurs collaborateurs connaissent et respectent les règles de conduite.

Le présent code de conduite vise à garantir que les procédures d'arbitrage investisseur-État sont menées correctement et à éviter les conflits d'intérêts.

5 Conséquences

5.1 Conséquences pour la Confédération

5.1.1 Conséquences sur l'état du personnel

L'API avec l'Indonésie n'a pas de conséquences sur l'état du personnel de la Confédération.

5.1.2 Conséquences financières

L'API avec l'Indonésie n'a pas de conséquences financières pour la Confédération. Il n'est toutefois pas exclu que la Suisse soit poursuivie par l'autre partie contractante ou par l'un de ses investisseurs dans le cadre d'une procédure d'arbitrage internationale ou qu'elle soit amenée à engager elle-même une procédure d'arbitrage contre l'autre partie contractante afin de faire valoir ses droits. Il ne s'agit toutefois pas d'une particularité de l'API avec l'Indonésie, mais de tous les API conclus par la Suisse et actuellement en vigueur. Selon les circonstances, de telles procédures peuvent avoir des conséquences financières. Dans un tel cas, il incomberait au Conseil fédéral de clarifier la question de la prise en charge des coûts et de demander en temps utile au Parlement les crédits supplémentaires nécessaires dans le cadre du budget ou de la procédure complémentaire. Pour ce faire, il doit se référer comme c'est habituellement le cas aux prescriptions de la loi du 7 octobre 2005 sur les finances (LFC)²⁰ et des «*International Public Sector Accounting Standards*» (IPSAS)²¹, pertinentes pour la Confédération en vertu de l'art. 48 LFC.

5.2 Conséquences pour les cantons et les communes

L'API avec l'Indonésie n'a pas de conséquences financières ou en termes de personnel pour les cantons et les communes. Il n'en résulte pas non plus de nouvelles tâches d'exécution.

5.3 Conséquences économiques

Les investissements internationaux sont d'une importance capitale pour la Suisse. Selon les statistiques de la BNS, tant le volume des investissements directs suisses à l'étranger (plus de 1406 milliards de francs suisses, état fin 2021) que le nombre de personnes employées à l'étranger par des filiales en mains suisses (plus de 2 millions) constituent des valeurs record en comparaison internationale. Depuis l'an 2000, les investissements directs suisses à l'étranger ont presque quadruplé. A l'inverse, les investissements directs étrangers en Suisse ont atteint la même année environ 1064 milliards de francs suisses.

Outre des entreprises multinationales, plusieurs centaines de PME disposent d'importants investissements directs à l'étranger. Ceux-ci permettent aux entreprises suisses de conquérir de nouveaux marchés et d'exploiter les avantages liés à la taille et au réseau, qui jouent souvent un rôle décisif dans la compétitivité. L'importance pratique des API réside dans le fait qu'ils donnent une base de droit international public aux relations d'investissement entre la Suisse et ses pays partenaires. Cela augmente la sécurité juridique pour les investisseurs et réduit le risque d'être discriminé ou désavantagé d'une autre manière en tant qu'investisseur étranger.

²⁰ RS 611.0

²¹ www.ifac.org/public-sector

Les effets quantitatifs des API ne peuvent pas être évalués comme dans le cas des CDI ou des accords de libre-échange, pour lesquels des chiffres relatifs aux impôts ou aux droits de douane sont disponibles. L'importance économique de tels accords ne cesse toutefois de croître avec la mondialisation de l'économie. C'est particulièrement vrai pour la Suisse, dont le marché intérieur est limité. En aidant nos entreprises à s'affirmer face à la concurrence internationale par le biais d'investissements à l'étranger, les API renforcent également la place économique suisse. Lorsque les ventes d'une entreprise augmentent dans le monde entier, cela entraîne à son tour une augmentation des emplois à forte valeur ajoutée au siège de l'entreprise en Suisse (p. ex. recherche et développement) et une augmentation des recettes fiscales.

5.4 Conséquences sociales et environnementales

La politique économique extérieure vise à maintenir et à accroître la prospérité de la population, en accord avec les objectifs de développement durable. La politique économique extérieure apporte ainsi une contribution importante aux objectifs de développement durable. Alors que les instruments de la politique économique extérieure visent en premier lieu à renforcer la dimension économique, les dimensions environnementale et sociale revêtent également une grande importance. Elles doivent également être renforcées ou ne pas être affectées par les instruments de la politique économique extérieure²². En conséquence, les API prennent également en compte les aspects écologiques et sociaux et tiennent ainsi compte des exigences de la durabilité.

Les activités économiques nécessitent des ressources et de la main-d'œuvre, et ont un impact correspondant sur l'environnement et la société. Dans l'esprit du concept de durabilité, il s'agit de renforcer la performance économique et d'accroître la prospérité, tout en maintenant ou en réduisant la charge environnementale et la consommation de ressources à un niveau durablement supportable et en garantissant la cohésion sociale. La mesure dans laquelle les investissements influencent l'environnement dans les États parties est déterminée, d'une part, par la réglementation nationale et, d'autre part, par les secteurs dans lesquels les investissements sont réalisés (p. ex., les investissements dans des modes de production respectueux de l'environnement ou dans des secteurs à plus forte pression environnementale). La promotion du transfert de capitaux, de technologies et de connaissances vers les pays en développement et émergents, généralement liée aux investissements, permet de créer des emplois. Cela a un effet positif sur l'économie locale et a pour but de promouvoir le développement durable.

L'API avec l'Indonésie contient des dispositions visant à garantir la mise en œuvre de la dimension économique conformément aux objectifs de développement durable dans les domaines de l'environnement et de la société. A cette fin, les parties reconnaissent dans le préambule de l'API la nécessité de promouvoir le développement durable par le biais d'investissements et soulignent que les objectifs du présent accord peuvent être atteints sans assouplissement des normes en matière de santé, de sécurité,

²² Stratégie du 24 novembre 2021 de la politique économique extérieure, p. 41, champ d'action 6, disponible sous: www.seco.admin.ch > Économie extérieure > Stratégie relative à la politique économique extérieure.

de travail et d'environnement. Ils réaffirment également leur attachement aux droits et principes fondamentaux dans le domaine de la démocratie, de l'État de droit et des droits de l'homme. Selon l'art. 2 de l'API, seuls les investissements réalisés en conformité avec la législation de l'État hôte, y compris les dispositions sociales et environnementales, sont protégés. Ensuite, à l'art. 12, les parties contractantes confirment leur droit d'adopter des réglementations appropriées pour préserver les intérêts publics, notamment la santé publique, la sécurité et la protection de l'environnement (droit de réglementer). Par conséquent, l'API n'empêche pas les parties contractantes de maintenir ou d'adapter leurs normes environnementales. Selon l'art. 13, chaque partie contractante s'engage à inciter les entreprises situées sur son territoire à respecter les normes internationalement reconnues et soutenues par la partie en matière de gestion responsable des entreprises. Enfin, l'art. 14 interdit aux investisseurs de se livrer à des actes de corruption avant ou après la réalisation d'un investissement.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

Selon l'art. 54, al. 1, Cst., les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération. Selon l'art. 184, al. 2, Cst., il incombe au Conseil fédéral de signer et de ratifier les traités internationaux. Selon l'art. 166, al. 2, Cst., l'Assemblée fédérale approuve les traités, à moins que leur conclusion ne relève de la compétence exclusive du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international (cf. aussi art. 24, al. 2, du 13 décembre 2002 sur le Parlement [LParl]²³ et 7a, al. 1, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA]²⁴).

Le Conseil fédéral ne dispose pas d'une base légale formelle dans une loi ou dans un traité international l'habilitant à conclure seul le présent accord. Par ailleurs, de par son contenu et sa portée, cet accord ne peut être qualifié de traité de portée mineure pouvant être conclu par le seul Conseil fédéral en vertu de l'art. 7a, al. 2, LOGA. L'Assemblée fédérale est donc compétente pour approuver cet accord.

6.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Le présent accord ne contient aucune disposition incompatible avec les obligations internationales existantes de la Suisse, y compris celles contractées dans le cadre de l'OMC.

²³ RS 171.10

²⁴ RS 172.010

6.3 Forme de l'acte à adopter

Selon l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst., les traités internationaux sont sujets au référendum lorsqu'ils contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou lorsque leur mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales. Selon l'art. 22, al. 4, LParl, on entend par normes fixant des règles de droit les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences. Sont considérées comme importantes les dispositions qui doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale conformément à l'art. 164, al. 1, Cst.

Jusqu'à présent, les API n'étaient pas sujets au référendum dans la mesure où ils ne contenaient pas de dispositions allant au-delà de ce que la Suisse s'était déjà engagée à faire dans le cadre d'autres traités internationaux comparables. Le 22 juin 2016, le Conseil fédéral a toutefois décidé d'abandonner cette pratique des accords dits standard et de proposer à l'avenir que les accords internationaux standard fassent l'objet d'un référendum lorsqu'ils contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit. C'est le cas du présent accord, car il règle les droits fondamentaux des investisseurs et leur donne un accès direct à une procédure d'arbitrage internationale en cas de litige. En conséquence, il contient des dispositions fondamentales relatives aux droits et obligations des personnes au sens de l'art. 164, al. 1, let. c, Cst.

Il y a donc lieu d'assujettir l'arrêté fédéral portant approbation de l'accord au référendum prévu à l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.

6.4 Entrée en vigueur

Conformément à l'art. 44, par. 1, le présent accord entre en vigueur à la date de réception de la deuxième notification par les deux parties de l'accomplissement des procédures nationales relatives à l'entrée en vigueur des accords internationaux.

Liste des abréviations

ADPIC	Accord du 15 avril 1994 sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce (RS 0.632.20, Annexe 1C)
AELE	Association européenne de libre-échange
API	Accord de protection des investissements
BNS	Banque nationale suisse
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements de la Banque mondiale <i>(International Centre for Settlement of Investment Disputes)</i>
CNUDCI	Commission des Nations unies pour le droit commercial international <i>(United Nations Commission on International Trade Law)</i>
EU	Union européenne
FMI	Fonds monétaire international
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONG	Organisation non gouvernementale