

Réponse d'Alliance Sud à la consultation sur le nouvel accord de protection des investissements Suisse - Indonésie

Introduction

L'Indonésie est l'un des rares pays à avoir dénoncé pratiquement tous ses accords de protection des investissements (API) - y compris celui avec la Suisse en 2016 - après avoir fait face à des arbitrages qui lui ont coûté des millions de dollars. Les deux pays ont renégocié un nouveau traité, que le Conseil fédéral a mis en consultation pour la première fois - ce que Alliance Sud salue.

Cependant, dans la renégociation de ses API, Djakarta fait face à l'opposition des pays industrialisés. On le voit dans cet accord avec la Suisse qui, bien que permettant a priori de réglementer dans l'intérêt public, est assorti de dispositions qui risquent de réduire cette possibilité à néant. Aussi, le mécanisme de règlement des différends par voie d'arbitrage, très controversé, est toujours prévu.

D'une façon générale, le nouvel API contient des innovations importantes et reprend de bonnes pratiques récentes. Par rapport à l'ancien, il constitue un progrès indéniable, mais pour un accord conclu en 2022, il était possible d'aller plus loin sur certains aspects.

Les remarques qui suivent se basent sur la réponse à la consultation soumise par l'Institut International pour le développement durable (IISD), un think tank international qui fournit de l'assistance technique, conduit des recherches et propose des solutions pour que les investissements soient des vecteurs du développement durable.

Les API ont été conçus dans le contexte de la décolonisation et de la guerre froide pour protéger les droits des investisseurs opérant à l'étranger, à une époque où le développement durable n'était pas une préoccupation centrale. Il est donc crucial de repenser le rôle, la valeur ajoutée et le contenu de ces puissants instruments à l'aune des enjeux et des objectifs actuels. Si on les garde et on les renégocie, il faut au moins reformuler certains points. Les principaux points qu'Alliance Sud souhaite relever sont les suivants :

La définition de l'investissement est trop large et ne promeut pas le développement durable (art. 1 alinéa 6)

L'un des principaux problèmes du nouvel API est qu'il donne une définition large de l'investissement, basée sur les actifs, et ne fait pas de distinction entre investissement polluant à forte intensité de carbone et investissement à faibles émissions. Il n'y a donc aucun moyen de filtrer les entreprises étrangères, si bien que le traité va protéger même une entreprise minière suisse qui pollue en Indonésie. Si cette distinction n'existe à ce jour dans aucun traité, la Suisse aurait pu montrer la voie.

Recommandation : Circonscrire la protection du traité aux investissements durables, par exemple en exigeant la divulgation de données financières liées au climat

Les investisseurs sont mieux définis, mais ils ont très peu d'obligations

Alliance Sud salue le fait que la définition de l'investisseur soit devenue plus précise, ce qui permet d'éviter le treaty-shopping, à savoir le fait d'utiliser un traité plus favorable conclu par un autre pays. Selon le nouvel API, est défini comme investisseur (**art. 1 alinéa 7**) toute personne physique détentrice de la nationalité ou toute personne morale qui mène des activités économiques substantielles dans le pays, y est immatriculée et y dispose d'un siège social.

En revanche, Alliance Sud regrette que ces mêmes investisseurs soient soumis à très peu d'obligations : seuls deux articles (**art. 13 et art. 14**) sur 44 sont consacrés à la **responsabilité sociale des entreprises et à la lutte contre la corruption**, mais de façon purement exhortative. Ils ne précisent aucun mécanisme d'application ni aucune conséquence juridique de leur violation.

Recommandation : Pour plus de détails sur ce point, voir la réponse à la consultation de l'Association multinationales responsables KVI

Le droit de réglementer est mieux encadré de premier abord, mais il risque d'être réduit à néant

Alliance Sud salue le fait que des efforts aient été consentis pour clarifier le **traitement juste et équitable (art. 4)**, une disposition vague et fourre-tout, celle qui est invoquée le plus souvent devant les tribunaux arbitraux pour étendre de façon indue les droits des investisseurs. Mais l'introduction à l'**alinéa 5** du concept « d'attentes légitimes » rouvre la porte à une interprétation extensive.

Recommandation : Supprimer le concept d'attentes légitimes de l'art. 4

L'art. 5 sur le traitement national exige de traiter les investisseurs étrangers comme les investisseurs nationaux. Mais un pays, notamment en développement, doit pouvoir discriminer en faveur de ses investisseurs nationaux, par exemple pour favoriser des groupes sociaux historiquement défavorisés. Le nouvel API accorde certes la possibilité à un Etat d'octroyer des subventions à ses entreprises nationales (art. 2 al. 4), mais cela ne suffit pas. Il devrait contenir davantage d'exceptions permettant de préserver le droit de réglementer, par exemple pour redresser des situations économiques et sociales déséquilibrées sur le territoire national

Recommandation : Etendre et consolider une liste d'exceptions au traitement national afin de préserver le droit de réglementer, notamment pour redresser des situations économiques et sociale déséquilibrés sur le territoire national

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, cette notion a été étendue de façon très extensive par les tribunaux, au point de saper les efforts des pays qui négocient des accords plus équilibrés et respectueux du développement durable.

L'art. 6 sur la nation la plus favorisée encadre minutieusement cette dernière, de façon à en limiter une interprétation trop large par les tribunaux. Mais ces efforts pourraient être réduits à néant par un article étonnant, **l'art. 37 sur les conditions plus favorables** qui stipule que les investisseurs peuvent se prévaloir du régime juridique le plus favorable applicable entre les parties. Il s'agit de l'une des dispositions les plus problématiques de l'API.

Recommandation : Supprimer l'art. 37 sur les Conditions plus favorables, qui stipule : « si la législation de l'une des Parties ou des obligations internationales existant actuellement ou établies ultérieurement entre les Parties en sus du présent Accord aboutissent à une situation donnant aux investissements des investisseurs de l'autre Partie droit à un traitement plus favorable que celui qui leur est accordé en vertu du présent Accord, cette situation n'est pas affectée par le présent Accord. »

En revanche, Alliance Sud salue le fait que l'API spécifie dans **l'Annexe A sur l'expropriation** que les mesures réglementaires d'intérêt public visant à protéger la santé publique, la sécurité et l'environnement ne puissent pas être considérées comme une expropriation indirecte et donner lieu à des compensations financières. Mais certaines formulations dans l'annexe A pourraient en réduire drastiquement l'impact, comme celle qui stipule : « sauf en 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 ».

Recommandation : Supprimer la partie ci-dessus de l'annexe A

La plainte pour licences obligatoires exclue de la portée de l'expropriation

En revanche, **l'art. 7 al. 6 est le bienvenu**, car il prévoit que l'expropriation indirecte ne s'applique pas à la délivrance de licences obligatoires accordées conformément à l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) de l'OMC.

Alliance Sud a dénoncé à maintes reprises la pression exercée par la Suisse sur la Colombie pour qu'elle renonce à émettre une licence obligatoire du Glivec (un anti-cancéreux fabriqué par Novartis), tout comme la menace de plainte de Novartis contre la Colombie sur la base de l'API Suisse – Colombie. Le nouvel article devrait rendre ce genre de plaintes impossibles.

ISDS est toujours là - il faudrait le supprimer

Finalement, l'un des principaux problèmes du nouveau traité est que le mécanisme de règlement des différends investisseur – Etat (ISDS) par voie d'arbitrage est toujours là. Par ailleurs, il n'y a pas d'obligation de recourir aux tribunaux nationaux, et encore moins d'épuiser au préalable les voies de recours internes. La participation de parties tierces au litige comme pour l'*amicus curiae* (amis de la cour) n'est pas prévue.

Enfin la médiation, bien qu'envisagée, reste facultative. À cet égard, Alliance Sud souligne le nouveau cadre de médiation du ICSID/CIRDI qui est entré en vigueur le 1er juillet 2022. Celui-ci a été développé pendant quatre ans et représente la perspective la plus avancée et la plus progressiste pour le règlement des différends en matière d'investissement. A la

lumière de ces évolutions institutionnelles internationales, Alliance Sud a travaillé avec Rambod Behboodi, un avocat de droit international, pour élaborer une proposition visant à renforcer et à promouvoir la conciliation et la médiation dans les plaintes commerciales et d'investissement. La proposition, élaborée principalement dans l'optique de l'OMC, comporte des éléments structurels et institutionnels transposables aux traités d'investissement, moyennant quelques adaptations.

Ne pas inclure l'ISDS dans un traité d'investissement est possible : le nouvel modèle d'accord du Brésil met l'accent sur la prévention, la médiation et le règlement des différends d'Etat à Etat et ne prévoit pas l'ISDS.

Recommandations :

Idéalement, supprimer l'ISDS. Sinon au moins :

- Prévoir la possibilité d'un amicus curiae ;
- Prévoir le recours aux tribunaux internes et leur épuisement préalable ;
- Prévoir une procédure de médiation ;
- Prévoir une procédure de règlement des différends d'Etat à Etat en dernier recours.

Berne, le 7 septembre 2022/IA