



Groupe de négociation de l'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI)

**Groupe de rédaction No.2 sur certains sujets relatifs au traitement
des investisseurs et des investissements**

TRAITEMENT NATIONAL, NON DISCRIMINATION/NPF ET TRANSPARENCE

(Note du Président)

TRAITEMENT NATIONAL, NON DISCRIMINATION/NPF ET TRANSPARENCE

A. Traitement national et non discrimination/NPF

1. *Chaque partie contractante accorde [sur son territoire] aux investisseurs d'une autre partie contractante et à leurs investissements un traitement non moins favorable que le traitement qu'elle accorde [dans des circonstances similaires] à ses propres investisseurs et à leurs investissements en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou autre aliénation d'investissements.*
2. *Chaque partie contractante accorde [sur son territoire] aux investisseurs d'une autre partie contractante et à leurs investissements un traitement non moins favorable que le traitement qu'elle accorde [dans des circonstances similaires] aux investisseurs d'une autre partie contractante ou d'une partie non contractante, ainsi qu'aux investissements des investisseurs de toute autre partie contractante ou d'une partie non contractante, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou autre aliénation d'investissements.*
3. *Chaque partie contractante accorde aux investisseurs d'une autre partie contractante et à leurs investissements celui des traitements exigés en vertu des paragraphes 1 et 2 qui est le plus favorable à ces investisseurs ou investissements.*

B. Transparence

1. *Chaque partie contractante publie ou met à la disposition du public d'une autre manière, dans les moindres délais, ses lois, réglementations, procédures, décisions administratives et décisions judiciaires d'application générale ainsi que ses conventions internationales pouvant affecter le fonctionnement de l'Accord. [Le cas échéant, chaque partie contractante publie ou met à la disposition du public d'une autre manière, dans les moindres délais, ses politiques établies pouvant affecter le fonctionnement de l'Accord].*
2. *Chaque partie contractante fournit, sur demande, aux autres parties contractantes des renseignements précis sur les questions faisant l'objet du paragraphe 1.*
3. *Une partie contractante n'est pas tenue de fournir ou de rendre accessibles des informations concernant des investisseurs ou des investissements particuliers dont la divulgation empêcherait l'application de ses réglementations ou serait contraire à ses lois en matière de protection de la confidentialité.*

Commentaires

Généralités

Il est entendu que l'articles A et B ont été rédigés sans préjudice des autres aspects de l'Accord, concernant notamment les définitions, les réserves, les exceptions, le statu quo et le démantèlement ainsi que le rôle du Groupe des parties.

Article A

1. Certaines délégations auraient préféré que les dispositions avant et après établissement fassent l'objet d'articles distincts, mais la majorité des délégations ont estimé qu'un texte unique permettrait de mieux prendre en compte la portée souhaitée pour l'Accord et éviterait la difficulté à laquelle on se heurte pour situer la limite entre "avant" et "après" l'établissement. Il a été convenu de travailler dans un premier temps sur la base d'un texte unique. Certaines délégations ont attiré l'attention sur les liens entre un texte unique couvrant le traitement des investisseurs avant et après l'établissement et les questions ayant trait aux définitions et à la portée de l'Accord. Deux délégations ont réservé leur position à l'égard du paragraphe 1 en attendant le résultat des discussions sur ces points. Le Groupe a également estimé que la portée des engagements pris par chaque pays individuellement pourrait être définie par l'utilisation d'un libellé précis des éventuelles réserves convenues au traitement national/régime NPF et éventuellement par l'ajout de références aux lois ou règlements applicables. Le Groupe est convenu que toutes les activités de diversification sont prises en compte par la référence à "l'établissement, l'acquisition et l'expansion".

2. L'ajout des termes "sur son territoire" aux paragraphes 1 et 2 a été proposé pour deux raisons : i) définir le champ d'application du traitement national et du régime de la nation la plus favorisée, et ii) fournir une référence appropriée pour évaluer le traitement national et le régime NPF. Cette adjonction établirait clairement que les parties contractantes n'ont pas d'obligation à l'égard des investisseurs d'une autre partie contractantes dans un pays tiers. Une délégation a suggéré une troisième raison pour l'ajout des mots "sur son territoire" : insister sur la nécessité d'éviter d'imposer aux entreprises multinationales des obligations contradictoires. Mais, dans le même temps, il importe de ne pas restreindre indûment le champ d'application de l'Accord, par exemple en excluant les activités internationales d'investisseurs établis et leurs investissements. Il reste à déterminer où placer ces mots dans les paragraphes 1 et 2. Il a été également proposé de résoudre cette question, comme dans l'ALENA, dans l'article concernant la définition de l'investisseur et de l'investissement.

3. Certaines délégations ont suggéré qu'il serait plus approprié de remplacer les termes "traitement non moins favorable" par "même traitement" ou "traitement comparable". Cette modification aurait pour objet de prévenir une concurrence effrénée pour les investissements internationaux, avec tous les coûts et distorsions qu'elle entraîne pour les flux d'investissements. Toutefois, la plupart des délégations ont estimé qu'une telle modification affaiblirait de manière inacceptable la norme de traitement du point de vue des investisseurs. La question des "incitations" à l'investissement sera examinée plus tard par le Groupe de négociation.

4. Différents avis se sont exprimés sur la valeur d'une liste "ouverte" ou "fermée" des formes d'investissement auxquelles devraient s'appliquer les dispositions relatives au traitement national et au régime NPF, avant et/ou après établissement. Une liste fermée aurait l'avantage de la certitude, mais risquerait d'omettre des éléments susceptibles d'être importants pour les investisseurs. Une liste ouverte permettrait de couvrir toutes les formes possibles d'investissement, y compris les formes nouvelles. Mais elle pourrait également être source d'incertitude quant à la portée de l'Accord et avoir des effets négatifs sur l'application des conventions en matière d'investissement, bilatérales ou autres, utilisant une liste fermée.

Plusieurs délégations ont estimé que l'énumération "établissement, acquisition, expansion, exploitation, gestion, entretien, utilisation, jouissance et vente ou autre aliénation d'investissements" devait être considérée comme l'énumération complète visant à couvrir toutes les activités des investisseurs et leurs investissements aussi bien avant qu'après l'établissement. Selon ces délégations, cette solution est la meilleure. Il est également proposé de remplacer "aliénation" par "vente ou autre aliénation" à l'article A2 du projet d'articles sur certains sujets relatifs à la protection de l'investissement [DAFFE/MAI/DG1(95)3].

5. Les termes de traitement national et de régime NPF s'entendent de manière comparative. Certaines délégations ont estimé que les termes de traitement national et régime NPF définissent implicitement le contexte de comparaison pour déterminer si une mesure est ou non discriminatoire à l'encontre des investisseurs étrangers et de leurs investissements ; elles considèrent que les mots "dans des circonstances similaires" sont inutiles et risquent d'être interprétés de manière abusive. D'autres délégations estiment en revanche que le contexte de comparaison devrait être précisé de manière explicite et demandent que l'expression "dans des circonstances similaires" soit ajoutée. On trouve des exemples d'inclusion d'une référence explicite dans l'Instrument relatif au traitement national, dans certaines conventions bilatérales en matière d'investissement et dans l'ALENA. En revanche, d'autres conventions bilatérales en matière d'investissement ne comportent pas de référence explicite, de même que le Traité sur la Charte de l'énergie (bien que les Etats-Unis et le Canada aient rédigé une déclaration concernant les "circonstances similaires").

6. Il a été demandé si le traitement accordé aux investisseurs étrangers par un Etat infra-fédéral ou une province ne répondrait aux critères du traitement national s'il était non moins favorable que le traitement accordé aux investisseurs du même Etat ou de la même province, ou s'il suffirait d'accorder un traitement non moins favorable que celui accordé aux investisseurs de n'importe quel autre Etat ou province. Cette question devra être résolue le moment venu par le Groupe de négociation.

7. Une délégation a soumis une proposition écrite suggérant de se référer, dans l'article relatif au traitement des investisseurs/des investissements, à la notion de "possibilités équivalentes de concurrence" en s'inspirant de l'AGCS (article XVII) [DAFFE/MAI/DG2/RD(96)1]. Le but serait de renforcer la disposition relative au traitement national en exigeant que les investisseurs étrangers et les investissements aient la possibilité d'entrer en concurrence avec les entreprises locales à des conditions équivalentes à celles dont bénéficient les investisseurs nationaux. Le Groupe a estimé que cette proposition comportait des aspects positifs, en particulier pour ce qui est du traitement des succursales d'institutions financières étrangères. C'est effectivement le "traitement équivalent" qui est la base de comparaison, dans le Code OCDE de libération des opérations invisibles courantes, entre les institutions financières nationales et les succursales, agences, etc. d'institutions financières étrangères. Plusieurs délégations ont néanmoins estimé que l'introduction, à l'article A de la notion de "possibilités de concurrence équivalentes" pourrait être source de confusion quant à la façon d'appliquer les obligations de traitement national et de régime NPF et qu'on risque d'aller ainsi au-delà de la portée voulue de ces obligations. D'autres délégations ont suggéré que les problèmes concernant les succursales soient réglés par le biais de la définition de "l'investissement".

8. Comme l'a indiqué le Groupe de négociation [DAFFE/MAI/M(95)2], l'article A vise à régler tout problème de discrimination de facto et de jure.

9. Une délégation a proposé d'ajouter une disposition distincte relative à "l'accès au marché", sur le modèle de celle contenue dans l'AGCS (article XVI), afin de couvrir les situations dans lesquelles les mêmes restrictions sont appliquées à la fois aux investisseurs nationaux et étrangers. Il peut s'agir aussi bien de restrictions quantitatives (par exemple critère des besoins économiques ou quotas numériques) que de mesures d'ordre qualitatif (par exemple restrictions portant sur la forme juridique des activités autorisées dans un secteur donné). On a estimé que cette question soulevait des problèmes qui dépassent le domaine

traditionnel du traitement national et du régime NPF et qu'elle devrait faire l'objet d'un examen préalable par le Groupe de négociation.

10. Certaines délégations ont estimé que le paragraphe 3 n'était pas absolument nécessaire, puisqu'il n'ajoute aucune obligation de fond aux paragraphes 1 et 2. Toutefois, le paragraphe 3 souligne qu'au total l'objectif des paragraphes 1 et 2 est de faire bénéficier les investisseurs et leurs investissements de celui des deux régimes, traitement national et régime NPF, qui est le plus favorable.

Article B

1. La diffusion publique des mesures affectant l'investissement étranger a été considérée comme essentielle pour le fonctionnement de l'AMI. Néanmoins, il convient de trouver un équilibre entre cet objectif et la charge administrative qu'implique sa mise en oeuvre.

2. Par "politiques établies", on vise dans certains pays la formulation, par les pouvoirs publics, de la politique qui sera suivie pour le traitement des investisseurs étrangers et de leurs investissements, cette politique n'étant pas énoncée dans une loi, un règlement ou d'autres mesures énumérées au paragraphe 1, mais pouvant affecter ces investisseurs ou investissements. Mais comme le statut juridique et le recours à ces "politiques établies" varient d'un pays Membre à l'autre, il a été convenu que ces politiques établies ne devaient être soumises aux obligations de transparence que pour les gouvernements utilisant cette approche.

3. Il a été convenu qu'en vertu du paragraphe 2, chaque partie contractante devait fournir, sur demande, des renseignements précis aux autres parties contractantes au sujet des mesures visées au paragraphe 1. Dans leur majorité, les délégations jugent inutile la création de points d'information. D'autres délégations estiment que ces points d'information pourraient contribuer au bon fonctionnement de l'AMI. Ils pourraient être également utiles pour les investisseurs étrangers en tenant à leur disposition les renseignements dont ils ont besoin.

4. Le paragraphe 3 vise les inquiétudes éventuelles liées à la divulgation d'informations dans le contexte de l'application des réglementations ou dans le contexte des lois protégeant la confidentialité des informations. Ces problèmes sont traités dans d'autres accords internationaux (AGCS, Charte de l'énergie, ALENA). On a toutefois estimé inutile d'ajouter une référence à la sécurité nationale et à l'ordre public, cette question devant être traitée dans l'article sur les exceptions générales [voir DAFPE/MAI/DG(95)2/REV1].

5. Le Groupe a envisagé l'inclusion d'une obligation de notification du type suivant :

-- "Chaque partie contractante notifie au ("Groupe des parties") dans les moindres délais et en tout cas dans les soixante jours suivant son entrée en vigueur toute mesure nouvelle ou toute modification des mesures existantes affectant de manière significative l'exécution de ses obligations en vertu de l'Accord."

6. Cette disposition pourrait appuyer les éventuelles activités du Groupe des parties en liaison avec les mesures non conformes soumises à examen et démantèlement [DAFFE/MAI/DG2(95)3] et avec les exceptions générales ou toute dérogation temporaire [DAFFE/MAI/DG2(95)2]. Il a été convenu de revenir sur cette question lorsque les obligations de l'AMI dans ces domaines auront été clairement définies.

7. Le Groupe a pris note de la suggestion visant à ce que toute partie contractante puisse notifier au Groupe des parties toute mesure prise par une autre partie contractante qui, à son avis, affecterait le

fonctionnement de l'Accord. Cette suggestion pourrait être également prise en compte dans le contexte des fonctions du Groupe des parties.

8. Enfin, plusieurs délégations ont proposé que l'AMI instaure la possibilité, pour une partie contractante, de demander aux investisseurs d'une autre partie contractante, ou en ce qui concerne les investissements réalisés sur son territoire, des informations de routine relatives à cet investissement, à des fins de formation ou à des fins statistiques. Il faudrait examiner de plus près le contexte dans lequel devrait s'insérer une éventuelle disposition à ce sujet.