



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

PROJET D'ARTICLE SUR LES EXCEPTIONS GÉNÉRALES

(Note du Président)

Projet d'article**

Exceptions générales

- [1. Le présent article ne s'applique pas aux articles** (sur l'expropriation, l'indemnisation et la protection contre les troubles).]
2. Aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée comme :
- a. empêchant une partie contractante d'entreprendre toute action qu'elle juge nécessaire à la protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité [, notamment toute action :]
 - (i) prise en période de guerre ou de conflit armé ou dans toute autre situation d'urgence dans les relations internationales ;
 - (ii) relative à la mise en oeuvre de politiques nationales ou d'accords internationaux concernant la non-prolifération des armes nucléaires ou d'autres dispositifs nucléaires explosifs ;
 - b. obligeant une partie contractante à fournir toute information dont elle estime que sa divulgation irait à l'encontre de ses intérêts essentiels en matière de sécurité, ou à autoriser l'accès à de telles informations ;
 - c. empêchant une partie contractante d'entreprendre toute action en exécution de ses obligations au titre de la Charte des Nations Unies en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales.
- [3. Aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée comme empêchant une partie contractante d'entreprendre toute action nécessaire pour le maintien de l'ordre public.]
- [4. Une partie contractante ne peut invoquer les paragraphes 2 et 3 en vue de se soustraire à ses obligations en vertu du présent accord.]
- [5. Les actions prises au titre du présent article seront notifiées au Groupe des parties conformément à l'article** du présent accord.]
- [6. Si une partie contractante (la "partie requérante") estime que des actions prises par une autre partie contractante (l'"autre partie") ne sont pas conformes à l'article** paragraphes**, elle peut demander des consultations avec l'autre partie. Celle-ci devra engager dans les moindres délais des consultations avec la partie requérante et lui fournir des informations sur les actions prises et les motifs ayant présidé à ces actions.]

COMMENTAIRE

Paragraphe 1

1. Il a été proposé que les dispositions relatives aux exceptions générales ne soient pas applicables à l'ensemble des obligations résultant de l'accord. Le traité sur la Charte de l'énergie (article 24(1)) offre un exemple d'accord multilatéral n'autorisant pas que des exceptions générales soient formulées en ce qui concerne les obligations spécifiques relatives à l'indemnisation de pertes ou à l'expropriation. La pratique est différente sur ce point dans les conventions bilatérales.

2. La question est de savoir si certaines obligations de l'accord sont jugées fondamentales pour la protection de l'investisseur, notamment l'indemnisation pour cause d'expropriation. Ce paragraphe aurait pour effet de limiter le droit, pour une partie contractante, d'invoquer cet article pour des actions qui ne seraient pas conformes à son obligation d'indemnisation en cas d'expropriation.

3. Certaines délégations ne pourraient pas accepter l'opinion majoritaire selon laquelle l'AMI devrait prévoir la garantie absolue d'indemnisation de l'investisseur en cas d'expropriation d'un investissement. Si l'on devait autoriser des exceptions générales prévalant sur les obligations résultant de l'AMI, délégations pourraient étudier de plus près si cette primauté ne devrait pas être limitée aux intérêts essentiels en matière de sécurité.

Paragraphe 2

-- alinéa a

4. Des accords récents comme l'ALENA, le TCE, l'AGCS et l'Accord sur la construction navale ne définissent pas les intérêts essentiels en matière de sécurité, mais contiennent des éléments qui clarifient la finalité de la disposition en cause. L'élément (iii) qui figurait dans une version antérieure et qui concernait le trafic d'armes a été supprimé, la plupart des délégations estimant qu'il n'avait pas lieu d'être dans un accord sur l'investissement.

5. Le membre de phrase "notamment toute action" est mentionné entre crochets, parce qu'aucun consensus ne s'est dégagé au sein du Groupe de rédaction sur le point de savoir si la liste devait être fermée ou ouverte.

-- alinéa b

6. Cette disposition se trouve dans des accords récents (ALENA, TCE, AGCS, construction navale).

-- alinéa c

7. Des accords comme l'ALENA, l'AGCS et l'Accord sur la construction navale comportent une disposition en matière d'exceptions générales qui a trait aux obligations en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales. Cette disposition vise expressément les obligations découlant de la Charte des Nations Unies. Certaines délégations estiment que cette référence est trop restrictive, parce qu'elle peut ne pas couvrir les actions prises en vertu d'accords régionaux de sécurité.

Paragraphe 3

8. Ce paragraphe figure entre crochets parce qu'aucun consensus ne s'est dégagé au sein du Groupe de rédaction sur la nécessité d'inclure une telle disposition concernant l'ordre public. Certains pays estiment qu'il faut viser l'ordre public pour permettre aux pays de prendre des actions lorsqu'il n'existe pas de dispositions nationales immédiatement applicables. Une délégation a indiqué dans une contribution écrite [DAFFE/MAI/DG2/RD(96)2] qu'une clause concernant l'ordre public avait pour but d'assurer certains objectifs, notamment l'application non discriminatoire de ses lois. Les délégations ont reconnu l'intérêt, pour un Etat, d'assurer l'application de ses lois pénales, de ses actions antiterroristes et de sa réglementation antiblanchiment, par exemple. Mais toutes les délégations ne sont pas convaincues qu'il soit nécessaire d'établir une discrimination entre les investisseurs étrangers et les investisseurs nationaux pour préserver l'ordre public.

9. Plusieurs délégations estiment qu'il faudrait prévoir une disposition pour couvrir les cas où certaines obligations d'information ou d'autres formalités peuvent être imposées aux investisseurs étrangers parce qu'ils ne se trouvent pas dans la même situation que les investisseurs nationaux. Cette question s'est également posée lors des débats sur les dispositions en matière de transferts qui devraient figurer dans le chapitre concernant la protection de l'investissement, l'Etat d'accueil voulant préserver son droit d'exiger certains rapports sans enfreindre le droit absolu de libre transfert énoncé par ailleurs dans l'accord. Pour faire face à ces situations, l'article 1111 de l'ALENA a été mentionné comme modèle possible. On s'est demandé s'il ne s'agissait pas en fait d'une question de "traitement équivalent" s'inscrivant dans le contexte du traitement national.

10. Dans les situations où l'Etat doit s'assurer que tous les investisseurs établis se conforment à ses lois et règlements qui ne sont pas contraires à l'accord, une disposition d'application plus générale pourrait être nécessaire, comme à l'article 5 du Code des mouvements de capitaux. Le Groupe pourrait envisager une disposition similaire à celle du Code, qui s'appliquerait à l'ensemble de l'accord. Si cette solution était retenue, elle rendrait sans doute superflue une disposition spéciale dans l'article sur les transferts ou dans d'autres articles de l'accord pouvant poser des problèmes similaires.

11. Les délégations favorables à une exception pour l'ordre public sont convenues qu'il fallait strictement contrôler son utilisation. Les actions se rattachant à l'ordre public ne seraient pas totalement discrétionnaires ; elles seraient limitées par le paragraphe 4. Plusieurs délégations souhaiteraient également une disposition prévoyant que ces actions n'annulent pas et n'entravent pas, plus que ce qui est strictement nécessaire à l'objectif déclaré, les avantages qu'une partie contractante peut raisonnablement attendre au titre de l'accord (TCE).

Paragraphe 4

12. Un nouveau paragraphe 4 a été ajouté pour tenir compte des commentaires des délégations souhaitant éviter une utilisation abusive de cet article. Tel qu'il est rédigé, ce paragraphe s'appliquerait aux exceptions fondées sur les intérêts essentiels en matière de sécurité et sur l'ordre public. Il s'agit d'imposer aux parties une obligation d'agir de bonne foi. Une partie ne peut se prévaloir de la protection que confère cet article si l'action prise n'est pas nécessaire pour préserver les intérêts que l'article est censé protéger.

Paragraphe 5

13. En attendant que soit examiné le rôle d'un "Groupe des parties", le Groupe de rédaction a préféré que ne soit plus visé l'examen des actions prises en vertu de cet article. La disposition concernant l'obligation de notification des actions a été conservée entre crochets. Cette obligation a pour but de

faciliter la transparence et de favoriser une application cohérente, par les parties à l'AMI, des dispositions concernant les exceptions générales. Certaines délégations ont estimé que la clarification de 1991 du CIME, selon laquelle les actions prises pour des raisons économiques, culturelles ou autres devraient être identifiées comme telles et ne devraient pas être protégées par une interprétation trop large de l'ordre public et des intérêts essentiels en matière de sécurité, pourrait également aider les parties à appliquer ces dispositions.

Paragraphe 6

14. La plupart des délégations se sont montrées favorables à un mécanisme de consultation/de règlement des différends. Il devrait être clair qu'engager des consultations ne préjugerait pas du droit, pour l'une ou l'autre des parties, d'invoquer les autres procédures de l'accord auxquelles ils ont en droit. Pour autant que les exceptions au titre des intérêts en matière de sécurité aient un caractère discrétionnaire, elles ne relèveront pas, de par leur nature, du règlement des différends. Il reste la question de savoir si le paragraphe 4 prévoit une norme objective qui, si elle n'est pas respectée, peut donner lieu à une action.

15. Certaines délégations ont proposé que seules les procédures de consultation s'appliquent lorsque cet article est invoqué pour des motifs se rattachant aux intérêts essentiels en matière de sécurité. Le paragraphe 6 pourrait être adapté selon la façon dont les parties souhaitent procéder. Plusieurs options peuvent être envisagées :

a) les actions ayant trait à l'une ou l'autre des dispositions de cet article pourraient faire l'objet de consultations (ceci serait prévu dans l'article ou par renvoi aux procédures de consultations de l'accord) et du mécanisme de règlement des différends de l'accord, dans la action où il ne s'agit pas de dispositions entièrement discrétionnaires ;

b) les actions ayant trait à l'une ou l'autre des dispositions de cet article pourraient faire l'objet de consultations (ceci serait prévu dans l'article ou par renvoi aux procédures de consultations de l'accord) sans pouvoir faire l'objet du mécanisme de règlement des différends de l'accord ;

c) les actions ayant trait aux dispositions du paragraphe 3 en matière d'ordre public pourraient faire l'objet de consultations (ceci serait prévu dans l'article ou par renvoi aux procédures de consultations de l'accord) et du mécanisme de règlement des différends de l'accord.

16. Quels que soient les modalités qui seront convenues pour les exceptions générales, elles devront être envisagées à la lumière des dispositions de l'AMI concernant le rôle du Groupe des parties et le mécanisme de règlement des différends.