



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

DEFINITION DE L'INVESTISSEUR ET DE L'INVESTISSEMENT

(Note du Président)

DEFINITION DE L'INVESTISSEUR ET DE L'INVESTISSEMENT

(Note du Président)

On entend par "investisseur" :

les personnes physiques (ressortissants) [et les résidents permanents] d'une partie contractante et les entreprises organisées conformément à la loi d'une partie contractante [qui veulent réaliser, réalisent ou ont réalisé un investissement].

On **entend par "investissement"** tout type d'actif détenu ou contrôlé, directement ou indirectement, par un investisseur [notamment] :

- (i) une entreprise ;
- (ii) les actions, parts de capital ou autres formes de participation au capital d'une entreprise ;
- (iii) les obligations et autres dettes d'une entreprise ;
- [(iv) tout droit découlant de l'engagement de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une partie contractante lié à une activité économique sur ce territoire, notamment au titre :
 - de contrats impliquant la présence de biens d'un investisseur sur le territoire d'une partie contractante, tels que des contrats clés en main ou de construction ou des concessions, ou au titre :
 - de contrats dans lesquels la rémunération est largement fonction de la production, des recettes ou des bénéfices d'une entreprise ;]
- [(v) tout droit sur une entreprise en vertu duquel son titulaire participe :
 - aux revenus ou aux bénéfices d'une entreprise ;
 - à la liquidation d'une entreprise lors de sa dissolution ;]
- (vi) les créances monétaires et les droits à prestations au titre d'un contrat à valeur économique ;
- (vii) les droits de propriété intellectuelle ;
- (viii) les droits conférés par la loi, tels que les licences et autorisations ;
- (ix) tout autre bien corporel ou incorporel, meuble et immeuble ou tous droits connexes de propriété tels que location, hypothèque, privilège et gage.

COMMENTAIRE

Investisseur

1. La définition proposée couvre les personnes physiques qui sont des ressortissants d'une partie à l'Accord en vertu de la loi nationale applicable à la partie. Il faut examiner si les résidents permanents doivent être également pris en compte, en ayant à l'esprit les complications qui peuvent en résulter sur le plan de l'accès au mécanisme de règlement des différends. Dans la convention CIRDI, les résidents permanents n'ont pas accès au mécanisme de règlement des différends prévu par cette convention. S'ils sont pris en compte dans la définition, les résidents permanents pourront avoir accès au règlement des différends par le biais des autres formes d'arbitrage prévues par l'Accord, notamment les règles de la CNUDCI.

2. L'ALENA s'appuie, pour la définition de l'investisseur, sur la notion d'investisseur voulant réaliser, réalisant ou ayant réalisé un investissement. **Plusieurs délégations estiment que l'expression "veulent réaliser" est trop vague si l'on exige pas de l'investisseur un engagement concret ou substantiel.** L'ALENA et le TCE contiennent également une définition de l'investisseur d'une partie non contractante, qui sert de norme de référence pour l'obligation NPF. Les délégués souhaiteront sans doute examiner s'il convient de faire figurer des dispositions similaires dans l'AMI.

3. Les opinions sont divergentes sur le point de savoir si la définition doit couvrir les personnes morales qui ne sont pas constituées selon le droit d'une partie, mais qui sont contrôlées, directement ou indirectement, par des ressortissants (personnes physiques et entreprises) d'une partie, ce qui est la pratique dans certaines conventions bilatérales. On peut craindre que cette solution crée un problème d'opportunisme et prenne en compte les sociétés écrans. **Les conventions bilatérales des Etats-Unis refusent le bénéfice de la convention aux investisseurs dont le capital inclut, à un ou plusieurs niveaux, de ressortissants d'Etats avec lesquels l'Etat partie ne peut pas avoir de relations économiques normales, ou les investisseurs dont les sociétés n'ont pas d'activités industrielles ou commerciales substantielles dans l'autre pays.**

Investissement

4. La définition proposée s'inspire de l'ALENA, du TCE et des conventions bilatérales en matière d'investissement. Elle définit l'investissement sous l'angle des biens et comporte une liste illustrative de biens, de manière à assurer une protection maximale pour toutes les formes reconnues et évolutives d'investissement.

5. Pour remédier au risque qu'une définition large entraîne un contentieux très abondant, l'accès au mécanisme de règlement des différends de l'AMI pourrait être limité par le biais soit d'une disposition figurant dans l'article concernant le règlement des différends, soit d'une limitation de la définition même.

6. **La prise en compte d'une liste large et ouverte de biens pour la définition de l'investissement aux fins de l'AMI ne préjuge pas du champ d'application des diverses obligations de l'AMI.**

7. **Il y a consensus pour l'application d'une large définition aux fins des obligations de l'AMI qui ont trait à la protection des investissements existants et à l'octroi du traitement national aux entreprises sous contrôle étranger établies dans le pays, mais plusieurs délégations ont jugé problématique l'application de l'obligation de l'AMI concernant l'octroi du traitement national aux investisseurs non résidents, c'est à dire durant la phase d'établissement. Ces obligations estiment qu'une application sans conditions de cette obligation à une large éventail de biens pourrait interférer**

avec les réglementations concernant les marchés de capitaux et avec d'autres opérations qui ne sont pas censées relever de l'AMI.

8. Pour répondre à cette préoccupation tout en conservant dans l'AMI une définition de l'investissement qui soit unique et suffisamment large, une solution, s'inspirant des conventions actuelles, serait de subordonner à certaines conditions l'application de l'obligation de traitement national au stade de l'établissement d'un investissement par des investisseurs non résidents. C'est ainsi que l'ALENA et l'AGCD comportent des dispositions spéciales, notamment une limitation d'ordre prudentiel, pour l'établissement dans le secteur des services financiers. Certaines conventions bilatérales (notamment suisses) excluent du régime de libéralisation l'acquisition de résidences secondaires par les non-résidents, tout en édictant une obligation de protection pour les résidences secondaires légalement acquises.

9. Une autre solution, proposée par une délégation, serait de définir un investissement comme tout type de bien consistant en un investissement ou prenant la forme d'un investissement. On exclurait ainsi certains biens (notamment les biens faisant l'objet d'une opération commerciale) qui ne sont généralement pas censés être des investissements. C'est là toutefois, il faut bien l'admettre, un raisonnement circulaire. D'autres délégations ont proposé d'établir dans la définition un rattachement à un objet économique, industriel ou commercial effectif. Il faudra approfondir ces questions.

Point (i) entreprise

10. Il faudra peut-être que l'AMI définisse le terme "entreprise". Dans l'ALENA, l'entreprise est définie comme toute entité constituée ou organisée conformément à la loi, à but lucratif ou à but non lucratif, à capitaux privés ou à capitaux publics, et comprenant toute société de capitaux, société de personnes, fiducie, entreprise individuelle, coentreprise ou autre association, ainsi que toute succursale d'une telle entreprise. Certaines conventions bilatérales en matière d'investissement incluent également expressément les coentreprises (Canada, Pays-Bas). **Les institutions scientifiques et les universités seraient-elles également couvertes?** En vertu des Codes de l'OCDE, les pays Membres ne peuvent maintenir des restrictions au mode de fonctionnement (filiale, succursale, agence ou autres formes de personnalité juridique).

Point (ii) actions, parts de capital ou autres formes de participation au capital d'une entreprise

11. Sous cette rubrique sont compris les investissements de portefeuille, qui ne soulèvent pas de difficultés particulières pour les obligations de protection de l'investissement. Mais à la lumière des préoccupations formulées par certaines délégations, il faudra peut-être examiner de plus près la question de savoir dans quelle mesure d'autres obligations de fond de l'accord doivent s'appliquer aux investissements de portefeuille.

Point (iii) obligations et autres dettes d'une entreprise

12. Les titres d'emprunt d'une entreprise, notamment les obligations et autres titres d'emprunt à long terme, constitueraient des investissements. On peut se demander s'il ne faudrait pas fixer certaines limites de façon à exclure les titres d'emprunt à court terme. L'ALENA fixe une durée précise de trois ans pour les titres d'emprunt régis par l'Accord ou exige que l'entreprise soit une filiale de l'investisseur.

13. Faut-il que l'AMI s'applique également aux titres d'emprunt publics ? Les délégués devront trancher ce point. L'ALENA exclut expressément de la définition de l'investissement les titres d'emprunt d'une entreprise d'Etat.

Point (iv) tout droit découlant de l'engagement de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une partie contractante lié à une activité économique sur ce territoire, notamment au titre :

- de contrats impliquant la présence de biens d'un investisseur sur le territoire d'une partie contractante, tels que des contrats clés en main ou de construction ou des concessions, ou au titre :
- de contrats dans lesquels la rémunération est largement fonction de la production, des recettes ou des bénéfices d'une entreprise.

14. Cette disposition s'inspire de l'ALENA ; il faut un niveau suffisant de risque et d'engagement de l'investisseur pour qu'une opération soit considérée comme un investissement. Ce point (et le point v ci-après) figurent entre crochets pour indiquer que dans une liste illustrative de biens il n'est probablement pas nécessaire d'inclure ce point dans la définition, étant donné que ce seront les circonstances du cas d'espèce qui détermineront si ces droits constituent un "investissement".

Point (v) tout droit sur une entreprise en vertu duquel son titulaire participe :

- aux revenus ou aux bénéfices d'une entreprise ;
- à la liquidation d'une entreprise lors de sa dissolution.

1. Ces éléments, qui figurent également dans l'ALENA, permettent de prendre en compte les alliances stratégiques et les autres accords comportant le partage d'un savoir-faire, de droits de propriété intellectuelle ou de technologies ainsi que l'exécution conjointe de travaux de recherche-développement.

Point (vi) les créances monétaires et les droits à prestations au titre d'un contrat à valeur économique

16. Cet élément, qui comprend les prêts, figure fréquemment dans la plupart des conventions bilatérales en matière de protection de l'investissement et dans le TCE. On pourrait prendre en compte les prêts à court terme et à long terme, à moins de prévoir une durée précise. Selon le Code de l'OCDE, il y a investissement direct lorsque le prêt est d'une durée de cinq ans ou plus. L'ALENA exige que l'échéance initiale du prêt soit au moins de trois ans ; un prêt intra-groupe serait également couvert, quelle que soit sa durée.

17. Les créances monétaires peuvent également résulter de la vente de biens ou services. Ces créances ne sont généralement pas considérées comme un investissement. L'ALENA exclut ces créances, sauf si elles se rattachent à des droits concernant un investissement qui sont pris en compte dans la définition de l'investissement. Le TCE exige également que ces créances se rattachent à un investissement.

Point (vii) droits de propriété intellectuelle

18. Les conventions bilatérales et multilatérales en matière d'investissement admettent que toutes les formes de propriété intellectuelle constituent un "investissement". Ces droits sont définis de façon plus ou moins précise selon la convention. La survaleur est également souvent traitée comme un élément de propriété intellectuelle. Les conventions bilatérales canadiennes en matière d'investissement énumèrent séparément la survaleur. Sinon, cette catégorie de biens comprend en général les droits d'auteur et les droits voisins, les brevets, les dessins et modèles industriels, les droits concernant les topographies de semi-conducteurs, les secrets d'affaires, y compris le savoir-faire et des informations confidentielles des entreprises, les marques de commerce, de fabrique et de service et les noms commerciaux. Certains de ces éléments pourraient figurer dans la définition dans le cadre de la liste illustrative de biens.

19. Il faudrait peut-être étudier de plus près les liens entre l'AMI et les autres accords internationaux concernant la propriété intellectuelle, en particulier lorsque ces accords comportent des normes de traitement qui diffèrent de celles de l'AMI ou lorsqu'ils prévoient un mécanisme de règlement des différends.

Point (viii) les droits conférés par la loi, tels que les licences et autorisations

20. Les conventions bilatérales reconnaissent que les droits tels que les licences et les autorisations constituent une forme de bien. Sans être toujours expressément mentionnés, ces droits sont généralement censés couvrir les droits d'exploration, de culture, d'extraction ou d'exploitation de ressources naturelles. La plupart des conventions bilatérales, de même que le TCE, visent les droits conférés par la loi ou par un contrat et appliquent le régime de protection à ces formes de propriété.

Point (ix) tout autre bien corporel ou incorporel, meuble ou immeuble et tous droits connexes de propriété tels que location, hypothèque, privilège et gage

21. Cette catégorie couvre notamment les biens immobiliers, forme courante de propriété qui bénéficie d'une protection dans le cadre des conventions bilatérales en matière d'investissement et dans le cadre du TCE et de l'ALENA. **Faut-il couvrir les résidences de vacances ou les résidences secondaires? Les opinions divergent à ce sujet.** Les conventions canadiennes et l'ALENA excluent les biens immobiliers qui ne sont pas acquis dans la perspective, ou utilisés dans le but, d'un avantage économique à des fins industrielles ou commerciales.

Autres éléments d'une définition

22. Cette définition ne couvre pas les "rendements", contrairement au TCE. **Certaines délégations estiment que la définition de l'AMI devrait couvrir les revenus de l'investissement ou les produits réinvestis.**

23. Un grand nombre de conventions bilatérales contiennent des dispositions en vertu desquelles toute modification de la forme de l'investissement n'affecte pas son caractère d'investissement. Elles peuvent également préciser que l'"investissement" couvre tous les investissements, réalisés avant ou après la date d'entrée en vigueur de la convention. Il convient d'examiner si des dispositions de ce type sont nécessaires