



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

RAPPORTS CONSOLIDES DES GROUPES DE REDACTION N° 1 ET N°2

RAPPORTS CONSOLIDES DES GROUPES DE REDACTION N° 1 ET N° 2

1. Ce document est destiné à servir de base pour l'examen, par le Groupe de négociation, des questions soulevées par les rapports des Groupes de rédaction n° 1 et n° 2. Il rassemble le texte des articles rédigés par les Groupes et les commentaires d'accompagnement. La numérotation des articles a été modifiée.

2. Une note du Président [DAFFE/MAI(96)17], qui sera diffusée séparément, recensera les questions qui, de l'avis du Président, sont à même d'être examinées par le Groupe de négociation. Le Président demandera au Groupe des directives en ce qui concerne la manière de régler certaines de ces questions ou la saisine de groupes de rédaction ou d'experts en vue d'un examen plus approfondi.

TABLE DES MATIERES

A. TEXTES CONSOLIDES DES GROUPES DE REDACTION N° 1* ET N° 2**	4
I. DEFINITIONS	4
II. TRAITEMENT DES INVESTISSEURS ET DES INVESTISSEMENTS.....	6
III. PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT	7
IV. EXCEPTIONS GENERALES	11
B. COMMENTAIRES CONSOLIDES DES GROUPES DE REDACTION N° 1* ET N° 2**	12
I. DEFINITIONS DE "L'INVESTISSEUR" ET DE "L'INVESTISSEMENT"	12
II. TRAITEMENT DES INVESTISSEURS ET DES INVESTISSEMENTS.....	20
III. PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT	24
IV. EXCEPTIONS GENERALES	33
C. STATU QUO, LE DÉMANTÈLEMENT ET L'ÉTABLISSEMENT DES RÉSERVES SPÉCIFIQUES PAR PAYS*	37

A. TEXTES CONSOLIDES DES GROUPES DE REDACTION N° 1* ET N° 2**

I. DEFINITIONS

1. On entend par "investisseur" :

- i) une personne physique qui, conformément au droit applicable d'une partie contractante, a la nationalité de cette partie contractante [ou en est résident permanent] ; ou
- ii) une personne morale ou toute autre entité constituée ou organisée selon le droit applicable d'une partie contractante, avec ou sans but lucratif, privée ou appartenant à une autorité publique ou contrôlée par elle, y compris une société de capitaux, fiducie, société de personnes, entreprise individuelle [succursale], co-entreprise, association ou organisation.

2. On entend par "investissement" :

tout type d'actif détenu ou contrôlé directement [ou indirectement] par un investisseur [notamment] :

- i) une entreprise (personne morale ou autre entité constituée ou organisée selon le droit applicable d'une partie contractante, avec ou sans but lucratif, privée ou appartenant à une autorité publique ou contrôlée par elle, y compris une société de capitaux, fiducie, société de personnes, entreprise individuelle, succursale, co-entreprise, association ou organisation) ;
- ii) les actions, parts de capital ou autres formes de participation au capital d'une entreprise et les droits en découlant ;
- iii) les obligations, titres d'emprunt, prêts et autres formes d'endettement d'une entreprise ;
- iv) les droits au titre de contrats, notamment les contrats clés en main, les contrats de construction ou de gestion, les contrats de production ou de partage des recettes [ou les contrats de concession] ;
- v) les créances monétaires et les droits à prestations au titre d'un contrat [lié à un investissement] [ayant une valeur économique] ;
- vi) les droits de propriété intellectuelle ;
- vii) [les droits conférés par la loi tels que les concessions, licences et autorisations ;]

* Repris de DAFFE/MAI/DG1(95)3

** Repris de DAFFE/MAI/DG2(96)2 et DAFFE/MAI/DG2(96)3

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

II. TRAITMENT DES INVESTISSEURS ET DES INVESTISSEMENTS

1. TRAITEMENT NATIONAL ET REGIME DE LA NATION LA PLUS FAVORISEE

1.1. Chaque partie contractante accorde 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 toute autre aliénation d'investissements.

1.2. Chaque partie contractante accorde 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 toute autre aliénation d'investissements.

1.3. Chaque partie contractante accorde aux investisseurs d'une autre partie contractante et à leurs investissements celui des traitements exigés en vertu des articles 1.1 et 1.2 qui est le plus favorable à ces investisseurs ou investissements.

2. TRANSPARENCE

2.1. 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. [Lorsqu'une partie contractante établit des politiques qui ne sont pas formulées dans des lois ou réglementations ou dans tout autre instrument énuméré dans le présent paragraphe, mais qui peuvent affecter le fonctionnement de l'Accord, elle les publie ou les met à la disposition du public d'une autre manière dans les moindres délais.]

2.2. Dans les moindres délais, chaque partie contractante répond à des questions précises et fournit, sur demande, aux autres parties contractantes des renseignements sur les points visés à l'article 2.1.

[2.3. 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.]

III. PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT

1. TRAITEMENT GENERAL¹

1.1 Chaque partie contractante accorde aux investissements qui sont réalisés sur son territoire par des investisseurs d'une autre partie contractante un traitement loyal et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité complètes et constantes. En aucun cas, une partie contractante n'accorde un traitement moins favorable que celui qu'exige le droit international.

1.2 Une partie contractante n'entrave pas, par des mesures [déraisonnables ou discriminatoires] [déraisonnables et discriminatoires], l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou l'aliénation d'investissements qui sont réalisés sur son territoire par des investisseurs d'une autre partie contractante.

2. EXPROPRIATION ET INDEMNISATION²

2.1 Une partie contractante ne peut exproprier ou nationaliser directement ou indirectement un investissement réalisé sur son territoire par un investisseur d'une autre partie contractante, ni prendre une ou plusieurs mesures d'effet équivalent (ci-après dénommées "expropriation"), sauf lorsque cette expropriation :

- a) est effectuée pour des motifs d'intérêt public,
- b) n'est pas discriminatoire,
- c) respecte les garanties prévues par la loi, et
- d) est accompagnée du prompt versement d'une indemnité adéquate et effective conformément à l'article 2.2 à 2.5.

2.2 L'indemnité est versée sans retard.

2.3 L'indemnité équivaut à la valeur loyale et marchande de l'investissement exproprié au moment qui précède immédiatement l'expropriation. La valeur loyale et marchande ne tient pas compte de toute modification de la valeur du fait que l'expropriation a été rendue publique antérieurement.

2.4 L'indemnité doit être pleinement réalisable et librement transférable. Elle est payable dans une monnaie librement [convertible].

1 Une délégation propose de supprimer l'article 1.2 et de libeller l'article 1.1 comme suit :

"Chaque partie contractante accorde aux investissements qui sont réalisés sur son territoire par des investisseurs d'une autre partie contractante un traitement loyal et équitable ainsi qu'une protection et une sécurité complètes et constantes. Ce traitement vaut également pour l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou l'aliénation de ces investissements. En aucun cas, une partie contractante n'accorde un traitement moins favorable que celui qu'exige le droit international."

2 L'indemnisation est recensée séparément dans la liste des points sélectionnés concernant la protection des investissements, mais la question de l'indemnisation est habituellement traitée dans le même article que l'expropriation.

(5) L'indemnité inclut des intérêts à un taux commercial fixé dans les conditions du marché pour la monnaie de paiement, calculés entre la date de l'expropriation et la date du paiement effectif.³

2.5 Le respect des garanties prévues par la loi s'entend en particulier du droit, pour un investisseur d'une partie contractante qui s'estime lésé par une expropriation émanant d'une autre partie contractante, d'obtenir un prompt examen de son cas, y compris l'évaluation de son investissement et le paiement d'une indemnité conforme au présent article, par une autorité judiciaire ou une autre autorité compétente et indépendante de cette partie contractante.

3. PROTECTION CONTRE LES TROUBLES

3.1 Un investisseur d'une partie contractante qui a subi un préjudice concernant l'investissement qu'il a réalisé sur le territoire d'une autre partie contractante, en raison d'une guerre ou d'un autre conflit armé, d'un état d'urgence, d'une révolution, d'une insurrection, de troubles civils ou d'autres événements similaires survenant sur le territoire de cette partie contractante, bénéficie de la part de cette autre partie contractante, en ce qui concerne toute restitution, indemnisation ou tout autre règlement, d'un traitement qui n'est pas moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs ou aux investisseurs de tout Etat tiers, celui de ces deux traitements qui est le plus favorable étant accordé à l'investisseur.

3.2 Nonobstant l'article 3.1, un investisseur d'une partie contractante qui, dans l'une des situations visées à ce paragraphe, subit un préjudice sur le territoire d'une autre partie contractante du fait

- (a) de la réquisition de son investissement ou d'une partie de celui-ci par les forces ou les autorités de cette partie contractante, ou
- (b) de la destruction de son investissement ou d'une partie de celui-ci par les forces ou les autorités de cette partie contractante, que les circonstances ne rendaient pas nécessaire,

se voit accorder par cette partie contractante une restitution ou une indemnisation qui, dans les deux cas, sera prompte, adéquate et effective et qui, en ce qui concerne l'indemnisation, sera aux articles 2.1 à 2.5.

3 Une délégation propose une autre solution, pour les raisons indiquées dans les commentaires, qui consisterait à remplacer la dernière phrase de l'article 2.4 et de l'article 2.5 par le texte suivant :

"L'indemnité à verser est calculée en totalisant :

- (a) la valeur loyale et marchande de l'investissement exproprié à la date de l'expropriation, exprimée dans une monnaie librement utilisable au taux de change du marché en vigueur à cette date et
- (b) les intérêts, fixés à un taux commercial raisonnable pour cette monnaie librement utilisable et courant à compter de la date de l'expropriation jusqu'à la date du paiement.

Cette somme est exprimée dans la monnaie de paiement au taux de change du marché de cette monnaie librement utilisable en vigueur à la date du paiement."

4. TRANSFERTS

4.1 Chaque partie contractante fait en sorte que tous les paiements concernant un investissement réalisé sur son territoire par un investisseur d'une autre partie contractante puissent être librement transférés sans retard dans son territoire et hors de celui-ci. Ces transferts concernent notamment, mais non exclusivement :

- a) le capital initial et les montants supplémentaires nécessaires au maintien ou au développement d'un investissement ;
- b) les revenus⁴ ;
- c) les paiements effectués en vertu d'un contrat, y compris de prêt ;
- d) le produit de la vente ou de la liquidation de tout ou partie d'un investissement ;
- e) les indemnités versées en vertu des articles 2 et 3 ;
- f) les paiements résultant du règlement d'un différend ;
- g) les salaires et autres rémunérations du personnel engagé à l'étranger en liaison avec un investissement.

4.2 Chaque partie contractante fait également en sorte que ces transferts puissent s'effectuer dans une monnaie librement [utilisable/convertible]⁵.

4.3 Chaque partie contractante fait également en sorte que ces transferts puissent s'effectuer au taux de change du marché en vigueur à la date du transfert.

[4.4 En l'absence de marché des changes, le taux à utiliser est le taux de change le plus récent pour la conversion des monnaies en droits de tirages spéciaux.]

4.5 Nonobstant l'article 4.1(b), une partie contractante peut restreindre le transfert d'un revenu en nature dans les cas où la partie contractante est autorisée en vertu du GATT 1994 à restreindre ou interdire l'exportation, ou la vente à l'exportation, du produit constituant le revenu en nature. Toutefois, une partie contractante fait en sorte que les transferts de revenus en nature puissent s'effectuer dans les conditions autorisées ou spécifiées par un accord en matière d'investissement, une autorisation d'investissement ou tout autre accord écrit conclu entre elle et un investisseur ou un investissement d'une autre partie contractante⁶.

[4.6 Nonobstant les articles 4.1 à 4.5, une partie contractante peut exiger que lui soient signalés les transferts de monnaie ou d'autres instruments monétaires et assurer l'exécution de jugements en matière civile, administrative et pénale en appliquant équitablement, sans discrimination et de bonne foi ses lois et règlements. Ces exigences ne devront pas déraisonnablement porter atteinte ou déroger au transfert libre et sans retard garanti par le présent accord.]

4 Tels que définis dans l'article concernant les définitions.

5 Le terme utilisé ici peut être le même que celui utilisé à l'article 2. 4.

6 Une délégation éprouve des difficultés en ce qui concerne les obligations visées dans la deuxième phrase.

5. SUBROGATION

5.1 Si une partie contractante ou un organisme qu'elle désigne procède à un paiement au titre d'une indemnisation, d'une garantie ou d'un contrat d'assurance [de risques non commerciaux] pour un investissement qu'un investisseur a réalisé sur le territoire d'une autre partie contractante, cette dernière reconnaît la cession de tout droit ou créance de cet investisseur à la première partie contractante ou à un organisme désigné par celle-ci et le droit pour la première partie contractante ou un organisme désigné par celle-ci d'exercer ces droits ou de faire valoir ces créances par voie de subrogation dans les mêmes conditions que le cédant⁷.

5.2 Une partie contractante ne peut invoquer à titre d'exception, de demande reconventionnelle, de droit de compensation ou à tout autre titre le fait qu'une indemnisation ou un autre paiement pour tout ou partie du préjudice allégué a été ou sera reçu en application d'une indemnisation, d'une garantie ou d'un contrat d'assurance.

7 Une délégation éprouve des difficultés en ce qui concerne les obligations prévues dans ce paragraphe.

IV. EXCEPTIONS GENERALES

[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 de prendre toute mesure [qu'elle juge] nécessaire à la protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité [, notamment toute mesure :]

(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 [notamment] des armes nucléaires ou d'autres dispositifs nucléaires explosifs ;

[(iii) relative à la production d'armes ou de munitions ;]

b. obligeant une partie contractante à fournir toute information [dont elle estime que sa divulgation] [dont la 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 de prendre toute mesure 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 de prendre toute mesure 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 mesures 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 mesures 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 mesures prises et les motifs ayant présidé à ces mesures.]

B. COMMENTAIRES CONSOLIDÉS DES GROUPES DE RÉDACTION N° 1* ET N° 2**

I. DÉFINITIONS DE “L’INVESTISSEUR” ET DE “L’INVESTISSEMENT”

Il faut soigneusement examiner les définitions de l'investisseur et de l'investissement en vue de s'assurer de leur cohérence avec le reste du texte et d'obtenir la précision grammaticale nécessaire, notamment en ce qui concerne l'utilisation des conjonctions "et" et "ou".

Investisseur

1. Le Canada a noté que l'utilisation du terme "nationalité" exigerait peut-être la rédaction d'une annexe de l'AMI dans laquelle les participants pourraient clarifier la signification de ce terme au regard de leur droit interne.
2. Certaines délégations ont jugé problématique la prise en compte des résidents permanents dans la définition de l'investisseur. Si l'on prend en compte les résidents permanents, il faudra préciser qu'il s'agit des résidents permanents reconnus comme tels par le droit applicable de chaque partie contractante. Les problèmes concernant le droit des résidents permanents à agir dans le cadre du mécanisme de règlement des différends pourraient être réglés dans les dispositions de l'AMI relatives au règlement des différends.
3. Certaines délégations estiment qu'il ne faut pas mentionner les succursales dans la définition de l'investisseur, les succursales n'ayant pas dans leur pays la capacité juridique d'effectuer des investissements. D'autres délégations considèrent qu'en mentionnant les succursales dans la définition de l'investisseur on risque de créer un problème "d'opportunisme". Une solution possible serait de prévoir dans l'AMI une disposition qui refuserait les avantages de l'accord à celles de ces entités d'un investisseur étranger qui n'entreprennent pas des activités substantielles dans le pays d'accueil.
4. Certaines délégations considèrent qu'il est superflu de mentionner au ii) les "entreprises individuelles", qui sont déjà couvertes par le i).
5. Une délégation propose pour le ii) de faire figurer les termes "d'une partie contractante" immédiatement après "personne morale", de façon que toutes les personnes morales soient prises en compte, qu'elles aient été ou non organisées au départ selon la loi de ce pays ou selon une autre loi.
6. Certaines délégations ont suggéré qu'on examine de plus près la question de savoir s'il ne serait pas nécessaire ou souhaitable de mentionner dans la définition de l'investisseur un élément supplémentaire permettant de couvrir une partie contractante (c'est-à-dire un Etat).

Investissement

* Repris de DAFFE/MAI/DG1(95)3 et addendum

** Repris de DAFFE/MAI/DGé(96)2 et DAFFE/MAI(96)3

7. Le Groupe de rédaction a examiné une définition de l'investissement en procédant de l'idée que l'AMI comporterait une définition large et unique prenant en compte toutes les formes de biens, corporels et incorporels. L'examen d'une telle définition ne préjuge pas de son application aux divers droits et aux diverses obligations de l'AMI.

8. Etant entendu que la question du champ d'application de l'AMI reste à régler, le Groupe de rédaction a formulé les observations suivantes. Il y a consensus en faveur de l'application d'une large définition en ce qui concerne les obligations de l'AMI visant à protéger les investissements existants ; toutefois, plusieurs délégations se sont inquiétées des modalités d'application de l'obligation de l'AMI ayant trait au traitement national au stade antérieur à l'établissement. Certaines délégations considèrent qu'une application sans conditions de cette obligation à un large éventail de biens pourrait interférer avec la réglementation des marchés de capitaux et d'autres opérations, que l'AMI n'est pas censé couvrir. Une délégation estime également qu'une application sans conditions créerait une certaine confusion pour ce qui est du contenu précis des obligations au stade antérieur à l'établissement.

9. Pour régler ce problème tout en préservant une définition unique et large dans l'AMI, des réserves spécifiques pourraient être formulées lorsqu'un pays n'est pas en mesure d'accorder pleinement le bénéfice du traitement national ou d'autres obligations de l'AMI. Une autre solution consisterait à assortir de certaines conditions l'application de ces obligations au stade antérieur à l'établissement. A cet égard, une délégation a proposé d'ajouter la disposition suivante, qui ferait l'objet d'un article distinct :

"L'obligation de [traitement national, régime NPF ...] au stade antérieur à l'établissement s'applique aux investissements réalisés dans le but d'établir des relations économiques durables avec une entreprise, et notamment aux investissements qui confèrent la prérogative d'exercer une influence effective sur la gestion de l'entreprise."

On a fait observer que l'ALENA et l'AGCS contiennent des dispositions spéciales concernant les services financiers, et notamment des dispositions en matière prudentielle. Le Groupe de négociation devra aborder ces diverses questions.

10. Le projet de définition de l'investissement définit l'investissement sous l'angle des biens et comporte une liste indicative de biens permettant de prendre en compte toutes les formes d'investissement reconnues et évolutives. Les produits de l'investissement seraient compris dans cette définition.

11. Une délégation propose d'ajouter à la fin de la liste indicative le membre de phrase suivant, qui s'appliquerait à la totalité de la définition de l'investissement :

"dès lors que ces biens consistent en un investissement ou prennent la forme d'un investissement".

Il s'agit de se conformer à l'objectif d'une définition de l'investissement sous l'angle des biens tout en rattachant cette définition aux biens clairement liés à l'investissement. Comme dans le projet de texte, une délégation utilise dans la pratique des exemples d'investissement conçus dans l'optique des biens, mais en évitant de définir l'investissement en termes de biens, afin d'exclure certains biens (notamment les biens faisant l'objet d'une opération commerciale) qui ne sont généralement pas considérés comme des investissements. Cette définition circulaire de l'investissement permet d'obtenir l'équilibre souhaité, en soumettant à l'AMI toutes les formes que peut prendre un investissement tout en excluant les biens ne devant pas bénéficier de la protection de l'AMI. Peut-être pourrait-on parvenir à ce résultat en utilisant une définition qui ne soit pas circulaire, mais une délégation estime que cela serait très difficile, notamment parce que la rédaction serait plus complexe et qu'on y perdrait en transparence. D'autres délégations

s'interrogent sur l'efficacité d'une définition circulaire. Certaines délégations préfèrent que la définition couvre uniquement les biens acquis ou utilisés à des fins économiques, industrielles ou commerciales. Il faudra approfondir ces questions.

12. Certaines délégations craignent qu'une large définition de l'investissement aboutisse à une prolifération du contentieux. Si nécessaire, on pourrait, pour faire face à cette préoccupation, limiter l'accès au mécanisme de règlement des différends de l'AMI, soit au moyen d'une disposition figurant dans l'article relatif au règlement des différends, soit au moyen de restrictions dans la définition même.

13. Les opinions sont divergentes sur le point de savoir si la définition de l'investissement doit couvrir les investissements qui appartiennent indirectement aux investisseurs d'une partie ou sont indirectement contrôlés par eux. Certaines délégations estiment qu'en prenant en compte ces investissements on offre aux investisseurs une protection maximale, notamment en leur ouvrant l'accès au mécanisme de règlement des différends de l'AMI. En outre, ces délégations considèrent que cette solution ménage aux investisseurs un maximum de souplesse pour gérer leurs flux de capitaux et évite de détourner des pays en développement certains flux d'investissements. La question du droit des entreprises contrôlées à agir dans le cadre du mécanisme de règlement des différends et celle de l'appui que diverses parties contractantes peuvent apporter aux prétentions des investisseurs pourraient être réglées dans les dispositions de l'AMI concernant le règlement des différends.

14. Certaines délégations ne souhaitent pas que soient pris en compte les investissements réalisés par l'investisseur d'un pays non partie à l'AMI, même s'ils appartiennent à un investisseur d'une partie à l'AMI ou sont contrôlés par celui-ci. La question de "l'opportunisme" a également été examinée. Certaines délégations estiment que ces questions pourraient être réglées par le biais d'une disposition refusant le bénéfice des avantages conférés par l'accord.

15. La Commission européenne considère que la prise en compte des investissements contrôlés indirectement pourrait poser de sérieux problèmes aux Etats membres de l'UE eu égard à leur niveau actuel de libéralisation, car normalement celui-ci vaut également pour les sociétés établies dans l'UE qui sont contrôlées par des ressortissants d'un pays non membre de l'UE. Selon la Commission européenne, ces problèmes pourraient en définitive être efficacement réglés au moyen d'une disposition générale de l'AMI relative aux mesures prises dans le cadre d'accords d'intégration économique régionale.

16. La plupart des délégations considèrent que la définition de l'investissement devrait être ouverte. Le terme "notamment" figure entre crochets dans le chapeau en attendant que les délégations examinent les effets de la portée de la définition.

Point (i)

une entreprise (personne morale ou autre entité constituée ou organisée selon le droit applicable d'une partie contractante, avec ou sans but lucratif, privée ou appartenant à une autorité publique ou contrôlée par elle, y compris une société de capitaux, fiducie, société de personnes, entreprise individuelle, succursale, co-entreprise, association ou organisation) ;

17. Le terme "entreprise" est défini entre parenthèses dans le projet de texte, mais il pourrait faire l'objet d'une définition distincte. Il est convenu que cette définition couvre notamment les instituts de recherche scientifique et les universités. La plupart des délégations sont en faveur d'une même définition

de l'entreprise pour l'investisseur et pour l'investissement. On a également proposé de définir ce qu'il fallait entendre par "entreprise d'une partie contractante".

18. Certaines délégations se demandent s'il faut considérer comme des "investissements" les "entreprises appartenant à une autorité publique ou contrôlées par elle". En outre, certaines délégations estiment qu'il faut biffer l'expression "privée ou appartenant à une autorité publique ou contrôlée par elle", étant donné que la question de la propriété et du contrôle est traitée dans le chapeau.

Point (ii)

les actions, parts de capital ou autres formes de participation au capital d'une entreprise et les droits en découlant ;

19. Ce point, de même que le point iii), couvre les investissements de portefeuille et les participations minoritaires. On examine actuellement si cette définition couvre les alliances stratégiques et d'autres accords portant sur le savoir-faire, la propriété intellectuelle, la technologie ou l'exécution conjointe de programmes de recherche-développement. Ce point est également censé couvrir une participation dans une entreprise conférant à son titulaire le droit à une part des revenus et des bénéfices de l'entreprise et de ses actifs. Compte tenu des préoccupations exprimées par certaines délégations, il faudra examiner de plus près la question de savoir dans quelle mesure les obligations de fond de l'accord s'appliqueront à ce point et au point iii), en particulier en ce qui concerne les opérations de portefeuille et les opérations de change.

Point (iii)

les obligations, titres d'emprunt, prêts et autres formes d'endettement d'une entreprise ;

20. Ce point couvrirait les prêts de toutes échéances et les titres de dette d'une entreprise d'Etat.

21. Une délégation souhaite exclure les prêts de moins de trois ans autres que ceux entre entités affiliées d'une entreprise. Les autres délégations estiment que cette question doit être examinée de plus près.

22. Certaines délégations considèrent que la dette souveraine ne devrait pas être prise en compte, alors que d'autres estiment qu'il faut examiner de plus près la question de la prise en compte de la dette souveraine (qui comprend les titres de dette des entreprises à capitaux publics). L'un des éléments à envisager à cet égard serait la liquidité de la dette souveraine. Certaines délégations ont souligné que les mesures confiscatoires prises par un Etat débiteur entraînent une responsabilité internationale dont l'AMI doit traiter.

Point (iv)

les droits au titre de contrats, notamment les contrats clés en main, les contrats de construction ou de gestion, les contrats de production ou de partage des recettes [ou les contrats de concession] ;

23. Certaines délégations considèrent qu'il faudrait regrouper les points (iv) et (v). Plusieurs délégations proposent de biffer les "contrats de concession" au point (iv) et de traiter les concessions dans un point (vii) révisé. Plusieurs délégations ont également proposé d'ajouter une référence aux franchises, aux licences et aux contrats "CET".

24. Certaines délégations souhaitent retenir pour plus ample examen, un texte antérieur du point (iv) qui se lirait comme suit :

"un intérêt découlant de l'affectation de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une partie contractante à une activité économique sur ce territoire, notamment au titre :

-- de contrats impliquant la présence de biens de l'investisseur sur le territoire d'une partie, notamment des contrats clés en main ou des contrats de construction, ou des concessions, ou

-- de contrats dont la rémunération est fonction pour une large part de la production, des recettes ou des bénéfices d'une entreprise."

Point (v)

les créances monétaires et les droits à prestations au titre d'un contrat [lié à un investissement] [ayant une valeur économique] ;

25. Les "créances monétaires" comprennent les dépôts bancaires. La plupart des délégations considèrent que ce point couvre les produits dérivés qui ne sont pas couverts par d'autres rubriques de la liste des biens.

26. Une créance monétaire peut également prendre naissance du fait de la vente de biens ou de services. Ces créances ne sont généralement pas considérés comme des investissements. L'ALENA exclut ces créances, sauf si elles sont liées aux investissements énumérés dans sa définition. Le TCE exige également que ces créances se rattachent à un investissement. Des questions similaires se posent en ce qui concerne les "droits au titre de contrats" (point iv).

27. Une délégation propose de régler ces questions dans l'AMI en ajoutant les termes "se rattachant à un investissement" et en biffant les termes "ayant une valeur économique". Certaines délégations ont appuyé la version suivante :

"Les créances monétaires et les droits à prestations en vertu d'un contrat [se rattachant à un investissement] ayant une valeur économique, à l'exception :

- a) des contrats commerciaux de vente de biens ou services, par un ressortissant ou une entreprise se trouvant sur le territoire d'une partie contractante, à une entreprise se trouvant sur le territoire d'une autre partie contractante ;
- b) l'octroi d'un crédit se rattachant à une opération commerciale, notamment au financement d'échanges commerciaux, autre qu'un prêt relevant du point (iii) ; ou
- c) toutes autres créances monétaires qui ne font pas intervenir les types de droits visés aux points (i) à (ix)."

Les délégations estiment que ces questions méritent plus ample examen.

Point (vi)

les droits de propriété intellectuelle ;

28. Toutes les formes de propriété intellectuelle sont couvertes par la définition de "l'investissement", notamment les droits d'auteur et les droits voisins, les brevets, les dessins et modèles industriels, les droits concernant les topographies de semi-conducteurs, les procédés techniques, les secrets commerciaux, y compris le savoir-faire et les informations confidentielles des entreprises, les marques de commerce, de fabrique et de service, les noms commerciaux et la survaleur. Les opinions sont divergentes quant à l'opportunité de viser expressément certains de ces éléments dans la définition dans le cadre de la liste indicative de biens. Certaines délégations estiment qu'on n'a pas encore tranché la question de savoir s'il faut prendre en compte les "droits de propriété littéraire et artistique". Une délégation souhaite que les droits de propriété intellectuelle ne soient pris en compte dans l'AMI que s'ils sont acquis en prévision d'un avantage économique ou à d'autres fins industrielles ou commerciales.

29. 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 (vii)

[Les droits conférés par la loi tels que les concessions, licences et autorisations ;]

30. Les droits tels que les concessions, licences et autorisations sont généralement censés couvrir les droits de prospection, 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 droits.

31. Une délégation considère que ce point couvre les contrats de droit public. Certaines délégations proposent de remplacer le texte du point (vii) par le texte suivant repris du TCE : "tout droit conféré par la loi ou par contrat ou découlant de licences ou d'autorisations délivrées conformément à la loi pour l'exercice d'une activité économique.."

Point (viii)

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

32. Cette catégorie couvre notamment les biens immobiliers, forme de propriété qui bénéficie couramment 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. L'ALENA exclut les biens immobiliers et les autres biens qui ne sont pas acquis ou utilisés "dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou d'autres objets commerciaux" ; certaines délégations préfèrent cette solution.

-- Autres éléments

33. Certaines délégations considèrent que la définition de l'investissement dans l'AMI devrait couvrir les revenus ou les revenus réinvestis, comme dans le TCE.
34. Les avis sont divergents sur le point de savoir s'il faut préciser que toute modification de la forme d'un investissement n'affecte pas son caractère d'investissement.
35. L'Espagne est d'avis que les modifications d'activité concernant un investissement doivent également être prises en compte.
36. Certaines délégations estiment qu'une liste indicative de biens ne constituant pas un investissement pourrait aider à préciser les limites de la définition et devrait figurer dans l'accord.
37. L'opinion largement partagée selon laquelle l'AMI devrait couvrir tous les investissements réalisés avant ou après la date d'entrée en vigueur de l'accord pourrait être exprimée dans la définition de l'investissement si elle ne donne pas lieu à une autre disposition.

II. TRAITEMENT DES INVESTISSEURS ET DES INVESTISSEMENTS

Généralités

Il est entendu que les articles 1 et 2 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.

TRAITEMENT NATIONAL ET REGIME DE LA NATION LA PLUS FAVORISEE

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 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 articles 1.1 et 1.2 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 contractante 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 ces articles. Il a été également proposé de résoudre cette question, comme dans l'ALENA, dans l'article concernant le champ d'application de l'Accord. Quelle que soit la décision prise, il faut veiller à la cohérence dans l'ensemble de l'Accord.

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 une 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 1.2 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 deux délégations aient fait une déclaration concernant les "circonstances similaires").

6. Il a été demandé si le traitement accordé aux investisseurs étrangers par un État 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 État 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 État 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 leurs 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 1 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 1 vise à régler tout problème de discrimination de facto et de jure.

9. Une délégation a également 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 l'article 1.3 n'était pas absolument nécessaire, puisqu'il n'ajoute aucune obligation de fond aux articles 1.1 et 1.2. Toutefois, l'article 1.3 souligne qu'au total l'objectif des articles 1.1 et 1.2 est de faire bénéficier les investisseurs et leurs investissements de celui des deux régimes, traitement national et régime NPF, qui est le plus favorable.

TRANSPARENCE

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. Dans le cas où des autorités infranationales, locales ou autres publient ou mettent à la disposition du public d'une autre manière des informations relatives à des questions relevant de leur compétence, cela sera jugé suffisant pour que l'obligation édictée à l'article 2.1 soit respectée. Il n'y aurait aucune obligation de donner de nouveau ces informations au niveau fédéral ou au niveau de l'administration centrale.

3. La deuxième phase de l'article 2.1 vise le cas de certains pays où les autorités établissent des politiques qui ne sont pas formulées dans des lois, réglementations ou autres instruments énumérés dans ce paragraphe. Mais comme le statut juridique et le recours à ces "politiques établies" varient d'un pays Membre à l'autre, il a été convenu qu'elles ne devaient être soumises aux obligations de transparence que pour les gouvernements utilisant cette approche.

4. En ce qui concerne l'article 2.2, les délégations, dans leur majorité, 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.

5. L'article 2.3 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. On peut craindre malgré tout que le texte actuel ne suffise pas pour éviter la divulgation d'informations confidentielles concernant les entreprises. On peut se demander également si cette question doit être traitée dans l'article sur la transparence ou dans un article spécifique sur les "formalités spéciales et les obligations d'information" (voir les "nouvelles propositions" ci-après).

6. 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."

7. Cette disposition pourrait appuyer les éventuelles activités du Groupe des parties en liaison avec les mesures non conformes soumises à examen et démantèlement et avec les exceptions générales ou toute dérogation temporaire. Il a été convenu de revenir sur cette question lorsque les obligations de l'AMI dans ces domaines auront été clairement définies.

8. 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.

Nouvelles propositions

1. Une délégation, appuyé par d'autres délégations, a proposé d'ajouter un article distinct relatif aux "formalités spéciales et aux obligations d'information", qui se lirait comme suit :

"1. Aucune disposition de l'article 1.1 ne peut être interprétée comme empêchant une partie contractante d'adopter ou de maintenir une mesure prescrivant des formalités spéciales en liaison avec l'établissement d'investissements par des investisseurs d'une autre partie contractante, notamment l'obligation que l'investisseur soit résident de la partie contractante ou que l'investissement soit légalement constitué selon les lois ou réglementations de la partie contractante, à condition que ces formalités ne portent pas substantiellement atteinte à la protection accordée par une partie contractante aux investisseurs d'une autre partie contractante et aux investissements d'investisseurs d'une autre partie contractante en vertu du présent Accord.

2. Nonobstant les articles 1.1 ou 1.2, une partie contractante peut demander à un investisseur d'une autre partie contractante, ou en ce qui concerne son investissement, la fourniture de renseignements de routine relatives à cet investissement, uniquement à des fins d'information ou à des fins statistiques. Aucune disposition du présent paragraphe ne peut être interprétée comme empêchant une partie contractante d'obtenir ou divulguer autrement des informations dans le cadre d'une application de sa loi qui soit équitable et de bonne foi."

2. Une délégation a suggéré d'envisager un article fondé sur l'article 5 ("Contrôles et formalités") des Codes OCDE de libération.

3. Ces questions méritent un examen plus approfondi.

III. PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT

TRAITEMENT GENERAL

1. Les termes "encouragement et promotion des investissements", qu'on trouve généralement dans les conventions bilatérales en matière d'investissement, ne constituent pas un principe de traitement général, mais pourraient figurer dans d'autres dispositions de l'AMI;
2. En fonction de la définition de l'investissement/de l'investisseur qui sera adoptée dans l'AMI, le libellé de l'article 1 ("les investissements d'investisseurs") et des articles suivants devra peut-être être modifié.
3. La référence au droit international est fondamentale dans cet article et elle est formulée de la manière la plus simple possible. Cette question d'ordre général devra peut-être être examinée lorsque d'autres références seront faites au droit international dans d'autres articles de l'AMI.
4. Le lien entre le traitement général et le traitement national/le régime NPF a été considéré comme fondamental. Mais comme on a jugé que le traitement général était un principe "absolu" par rapport au traitement national/au régime NPF, principes jugés "relatifs", il a été convenu qu'il était justifié de dissocier l'article sur le traitement général et celui sur le traitement national/le régime NPF.
5. Lors des discussions, il a été décidé que les engagements spéciaux contractés par une partie contractante à l'égard d'un investisseur devaient être traités dans l'AMI selon des modalités qui seraient examinées ultérieurement.
6. Ces obligations sont valables en toutes circonstances (c'est-à-dire à tout moment), un libellé précis n'ayant toutefois pas été jugé nécessaire sur ce point.
7. En ce qui concerne l'article 1.2, trois formulations ont été suggérées. Elles ont chacune dans la pratique des conséquences différentes. La proposition suédoise (voir la note en bas de page) n'exige pas de normes additionnelles au regard desquelles les actes d'un gouvernement seraient appréciés, mais elle indique clairement que les normes du premier paragraphe s'appliquent à toutes les activités concernant un investissement. Les deux autres formulations figurent entre crochets et prévoient soit (i) que les actes d'un gouvernement seront appréciés au regard d'une des deux notions (déraisonnable, discriminatoire), appliquée individuellement, soit (ii) que les actes d'un gouvernement seront appréciés au regard de ces deux notions, appliquées cumulativement. Le Groupe souligne que ce choix devra se faire en fonction de ceux qui seront effectués pour d'autres éléments de l'AMI, notamment en ce qui concerne le traitement national et la fiscalité.

EXPROPRIATION ET INDEMNISATION

1. Les termes "but public" et "intérêt public" découlent de traditions juridiques différentes, mais ont une signification très similaire. L'expression retenue, à savoir "pour des motifs d'intérêt public", est jugée conforme aux deux traditions juridiques ; elle a été précédemment choisie dans le traité sur la Charte de l'énergie.
2. Tel que le conçoit le Groupe, la violation de lois pénales pourrait entraîner une perte d'un investissement ou d'une partie d'un investissement qui ne serait pas réputée constituer une expropriation, à condition que ces lois et leur application ne soient pas discriminatoires et soient en tous autres points conformes aux normes prévues dans le présent accord.
3. Lorsque l'investissement consiste, pour tout ou partie, en actions, les droits des actionnaires doivent être définis en cas d'expropriation. La définition des investissements dans l'AMI devrait répondre à ce souci. Si tel n'est pas le cas, il faudra peut-être une disposition spéciale à l'article 2.
4. On a jugé très importants les cas d'expropriation qui ont trait à un investissement consistant pour tout ou partie en droits de propriété intellectuelle. Il a été décidé de ne pas proposer un libellé précis sur ce point et de revoir cette question dans un contexte d'ensemble.
5. L'"expropriation rampante" est couverte d'une façon générale par le libellé de l'article B, au moyen de l'expression "mesures d'effet équivalent". Il a été fait allusion lors des discussions à l'"expropriation rampante" par voie de mesures fiscales, mais il n'a pas été proposé de libellé précis, notamment parce qu'aucune décision finale n'a été prise sur la question générale du traitement de la fiscalité dans l'AMI.
6. Une délégation a proposé un texte additionnel pour le blocage, le gel, les mises sous séquestre ou toute autre mesure similaire ayant un effet d'expropriation [DAFFE/MAI/DG1/RD(95)4]. Après discussion, il a été convenu que ces préoccupations étaient déjà prises en compte : les mesures temporaires, lorsqu'elles prennent fin, aboutiront à la restitution du bien et toute illégalité ayant entaché la mesure temporaire pourra donner lieu à réparation pour violation d'autres articles, notamment l'article 1. Si la mesure a un caractère permanent ou est assimilable à une expropriation, (i) elle relèvera de l'article 2 si elle est légale, ou (ii) elle donnera lieu à un droit à restitution en droit international coutumier si elle est illégale.
7. En ce qui concerne les articles 2.4 et 2.5, la question qui se pose est la suivante : une partie contractante procédant à une indemnisation doit-elle assumer la responsabilité pour les pertes de change subies par l'investisseur lorsqu'il y a eu retard dans le paiement ? Dans l'affirmative, comment faut-il apprécier cette responsabilité ? Une option consiste à faire assumer expressément à l'investisseur la responsabilité relative au taux de change. Une autre option est de faire assumer implicitement la responsabilité à la partie contractante procédant à l'indemnisation, de sorte qu'en cas de violation de l'obligation de paiement sans retard, l'investisseur aura droit, en plus des intérêts, à la réparation des pertes de change en tant que dédommagement, même si l'accord ne contient pas de dispositions expresses à ce sujet. La troisième option est que la partie contractante procédant à l'indemnisation assume expressément cette responsabilité au titre des pertes de change. Plusieurs propositions de rédaction ont été formulées sur ce point.

Il reste à décider dans quelle monnaie l'indemnité doit être versée.

Le Groupe n'a envisagé le problème du risque de change qu'en cas de retard dans le paiement de l'indemnité d'expropriation. Il n'a pas envisagé les autres risques de change auxquels l'investisseur peut être exposé.

8. Il faudra garder à l'esprit, lorsqu'on envisagera l'adhésion de pays non membres de l'OCDE, que la convertibilité de la monnaie nationale est un élément important en ce qui concerne les obligations de transfert prévues par l'accord, y compris pour les transferts d'indemnités d'expropriation.

9. Le Groupe a approuvé le commentaire additionnel suivant de la Délégation autrichienne et a également décidé de l'inclure dans son rapport :

La Délégation autrichienne a demandé si le libellé de l'article 2 était adéquat pour éviter un champ d'application trop large ; elle a évoqué l'exemple d'un investisseur ayant obtenu un permis ou une autorisation pour un investissement et ne remplissant plus ultérieurement les conditions requises pour cet investissement. Le Groupe a estimé que ce cas ne devrait pas poser de problème pour l'article 2 tel qu'il est libellé : l'annulation ou le retrait, dans ces circonstances, du permis ou de l'autorisation accordée par l'Etat ne constituerait pas une expropriation ou une nationalisation directes ou indirectes de l'investissement. Le commentaire N° 2 de l'article 2, concernant la perte d'un investissement par application correcte du droit pénal, n'est pas exhaustif.

10. Une délégation, appuyée par un autre délégation, considère qu'il est important de donner des orientations aux arbitres pour la détermination de la "valeur loyale et marchande". Le paragraphe en question pourrait être libellé comme suit :

"Les critères d'évaluation comprennent la valeur d'exploitation, la valeur des actifs, notamment la valeur fiscale déclarée des biens incorporels, et d'autres critères permettant en tant que de besoin de déterminer la valeur loyale et marchande."

TRANSFERTS

1. Toutes les délégations ont estimé que le libre transfert des revenus était fondamental pour la protection des investisseurs. C'est pourquoi une très nette préférence s'est manifestée en faveur d'une énumération des principales catégories de revenu à l'article 4.1(b), en particulier les "bénéfices, intérêts, dividendes, plus-values, redevances, commissions et revenus en nature". Mais il a été finalement décidé de ne pas alourdir le texte de l'article 4.1(b), dès lors que ces catégories seront expressément énumérées dans la définition des revenus qui figurera dans l'article de l'AMI concernant les définitions.
2. L'obligation de libre transfert vaut pour les salaires et autres rémunérations, après déduction de toute retenue à la source au titre d'impôts ou de paiement de sécurité sociale. Le mécanisme de règlement des différends serait à la disposition des investisseurs, mais pas de leur personnel.
3. Le Groupe a entendu un exposé sur les transferts par un expert du Fonds monétaire international, qui a commenté les droits et obligations des pays au titre des statuts du Fonds. Le Groupe recommande que le Groupe de négociation règle cette question par exemple au moyen de dispositions générales concernant les liens entre l'AMI et les autres accords internationaux.
4. Les délégués n'ont pas souhaité une disposition concernant la balance des paiements à l'article 4. Le Groupe de négociation devra néanmoins régler la question des exceptions générales et des dérogations temporaires pour des motifs ayant trait notamment à la balance des paiements, à l'ordre public et à la sauvegarde d'une union monétaire, y compris sous l'angle de leurs liens éventuels avec cet article. On a toutefois signalé qu'une éventuelle disposition de ce type ne devait pas s'appliquer au paiement de l'indemnité au titre de l'article 2.
5. Les articles 4.2 et 4.3, assurent -- sans l'imposer -- la liberté d'effectuer des transferts dans une monnaie librement [convertible] au taux du marché. La référence au taux de change à l'article 4.3 ne vaut que pour les cas où la conversion intervient à la date du transfert.
6. Une délégation a proposé que le taux de change applicable aux transferts soit le taux en vigueur à la date à laquelle l'investisseur formule sa demande de transfert. Cette proposition n'a pas réuni de consensus.
7. En cas d'impossibilité d'obtenir un taux courant du marché qui soit satisfaisant pour la monnaie nationale, un taux de référence, qui ne serait pas nécessairement celui des DTS, pourrait être utilisé. En pareil cas, on pourrait envisager une version améliorée de l'article 4.4, mais les délégations n'ont pas jugé qu'il fallait approfondir cette question tant qu'elles n'auraient pas de directives du Groupe de négociation au sujet des questions essentielles touchant à l'adhésion de pays non membres de l'OCDE à l'AMI.
8. Afin de bien souligner la liberté de transfert, une délégation a proposé le texte suivant pour la première phrase de l'article 4.5 : "La liberté de transfert des revenus en nature au titre de l'article 4.1(b) ne déroge pas aux droits d'une partie contractante au titre de l'accord établi par l'Organisation mondiale du commerce de restreindre ou d'interdire l'exportation, ou la vente à l'exportation, de ce qui constitue le revenu en nature". Cette proposition a recueilli un certain soutien, mais les délégations ont demandé qu'on leur ménage la possibilité d'examiner ce libellé.
9. L'article 4.6 est indirectement mais étroitement lié à la question du libre transfert. Il répond à deux objectifs importants. Son libellé est comparable à celui du traité de la Charte de l'énergie.

Certaines délégations souhaiteraient que soient mentionnés d'autres objectifs précis concernant la faillite, l'insolvabilité ou la protection des droits des créanciers, les opérations d'émission ou de négociation de valeurs mobilières et l'enregistrement des transferts.

D'autres délégations se sont interrogées sur la nécessité et l'opportunité de l'article 4.6. Pour aider à concilier ces divergences, le Canada a proposé un autre libellé : "Aucune disposition de l'article 4 ne doit être interprétée en ce sens qu'elle empêcherait une partie contractante d'appliquer équitablement, de façon non discriminatoire et de bonne foi des mesures visant à protéger les droits de créanciers et à assurer le respect des lois concernant les opérations d'émission et de négociation de valeurs mobilières, la notification et l'enregistrement des transferts d'argent et l'exécution de jugements en matière civile, administrative et pénale, dès lors que ces mesures et leur application sont conformes à l'article 1".

Un autre objectif important a trait à la fiscalité, mais cet aspect devra être examiné dans le contexte du traitement général de la fiscalité dans l'AMI.

10. Une délégation a proposé d'ajouter le texte suivant à propos des transferts forcés : "Une partie contractante ne peut exiger le transfert, ou pénaliser l'absence de transfert, des revenus, gains, bénéfices ou autres montants se rattachant à un investissement réalisé sur le territoire d'une autre partie contractante par l'un de ses investisseurs". Cette proposition n'a pas réuni de consensus.

SUBROGATION

1. Le problème s'est posé de savoir s'il fallait faire référence aux sociétés privées d'assurance dans la reconnaissance de la subrogation à l'article 5. Une disposition spéciale à cet effet a été jugée superflue, car une partie contractante peut choisir son "organisme désigné" indépendamment de son statut public ou privé.
2. Certaines délégations, estimant que les termes "de risques non commerciaux" sont trop restrictifs, ont demandé leur suppression.
3. La question de la subrogation se rattache très directement au règlement des différends. Il faudra garder à l'esprit cette question lorsqu'on en viendra au règlement des différends. Il faudra s'interroger tout spécialement sur les droits respectifs de l'investisseur et de la partie contractante ou de son organisme désigné en cas de subrogation dans les droits de l'investisseur.
4. Le deuxième paragraphe de l'article 5 pourrait figurer autre part dans l'accord, éventuellement dans la section concernant le règlement des différends.

LA PROTECTION DES DROITS DE L'INVESTISSEUR DECOULANT D'AUTRES ACCORDS*

1. Le Groupe de rédaction a examiné quelles dispositions pourraient figurer dans l'AMI pour ce qui est des droits de l'investisseur découlant d'autres accords. Il est convenu que son mandat concernait les droits découlant d'accords entre les investisseurs et les Etats et non les droits découlant d'autres conventions. Il a également décidé que ce mandat ne couvrait pas la question de savoir s'il fallait une disposition prévoyant que, parmi celui de l'AMI ou celui de ces accords entre l'investisseur et l'Etat, le régime le plus favorable devait prévaloir. Le Groupe est enfin convenu qu'il fallait encore approfondir les concepts et que la rédaction finale devait être fonction des grandes options que retiendrait le Groupe de négociation. Le Groupe a procédé à cet examen sur la base de la note du Président du Groupe de négociation [DAFFE/MAI(95)8/REV1] et d'une note du Président du Groupe de rédaction [DAFFE/MAI/DG1(96)1].

2. Trois grandes orientations conceptuelles se sont dégagées. Il s'agit, de la moins ambitieuse à la plus ambitieuse : (i) d'une option "zéro", l'AMI ne comportant pas de disposition particulière sur les droits découlant d'accords entre l'investisseur et l'Etat ; (ii) d'une disposition à caractère procédural, c'est-à-dire une clause de règlement des différends ; (iii) d'une disposition de fond et de procédure, c'est-à-dire une "clause de respect".

3. En ce qui concerne la première option, les accords entre l'investisseur et l'Etat auraient normalement leur propre dispositif de règlement des différends, seraient soumis au droit national et leur protection relèverait des tribunaux nationaux et des recours internes. Sans qu'il y ait besoin d'une disposition spéciale, les contrats conclus entre l'investisseur et l'Etat bénéficieraient néanmoins d'une protection directe via les autres dispositions de fond de l'AMI ayant trait à certains éléments fondamentaux comme l'expropriation, les transferts, la non-discrimination et les mécanismes connexes de règlement des différends.

4. Avec la deuxième option, les différends se situant dans le cadre des accords entre l'investisseur et l'Etat pourraient être soumis à un arbitrage international par l'investisseur optant pour cette solution, selon les modalités prévues dans l'AMI. Cela élargirait les choix de l'investisseur. En principe, l'Etat d'origine de l'investisseur ne serait impliqué dans le différend que par subrogation, en vertu de la garantie d'un investissement, à moins que le différend ne porte également sur des points faisant intervenir les dispositions de fond protectrices de l'AMI même. L'investisseur bénéficie ainsi d'une protection supplémentaire sur le plan procédural. L'accord entre l'investisseur et l'Etat et, éventuellement, le régime juridique interne applicable peuvent être soumis à un arbitrage international. En outre, on peut faire également intervenir de cette manière le droit international.

5. La troisième option est la plus ambitieuse. Le respect des accords entre l'investisseur et l'Etat est érigé en obligation de l'AMI, ces accords bénéficiant d'une protection de fond en vertu de la règle du droit international *pacta sunt servanda*. Cela pourrait avoir une incidence sur les moyens de défense pouvant être invoqués ou les réparations pouvant être dues par un Etat exerçant des droits d'annulation ou de modification d'un contrat pour des raisons de souveraineté ou de modification de la réglementation concernant un investissement. Cette option a également une conséquence essentielle sur le plan procédural : toute violation de l'accord entre l'investisseur et l'Etat pourrait faire l'objet de l'ensemble des mécanismes de règlement des différends de l'AMI, notamment les consultations entre Etats et l'arbitrage.

* Repris de DAF/MAI/DG1(96)1/REV1

Dans le cadre de ce règlement des différends, les points à examiner le seraient dans un large contexte, couvrant à la fois le droit interne et le droit international.

6. Avec la deuxième et la troisième option, on modifierait en fait les accords entre l'investisseur et l'Etat. Ces options pourraient être source d'incertitude quant au droit et aux réparations à appliquer en cas de différend. Elles soulèvent la question de savoir s'il faut établir une distinction -- et alors selon quelles modalités -- entre les types d'accords pour lesquels la protection supplémentaire est appropriée et ceux pour lesquels elle ne l'est pas, notamment les opérations purement commerciales ou les accords réglant des questions fiscales ou d'autres questions administratives.

7. Aucun consensus ne s'est dégagé au sein du Groupe quant au choix fondamental entre ces options. Ce choix peut être également fonction du sort qui sera réservé à une disposition faisant prévaloir, en ce qui concerne le régime de l'AMI et le régime de ces accords entre l'investisseur et l'Etat, celui qui est le plus favorable. S'il est décidé d'examiner la deuxième option (procédurale) ou la troisième option (fond et procédure), un certain nombre de questions subsidiaires se poseraient, la plus importante concernant le champ d'application. La disposition s'appliquerait-elle d'une façon très large à tous les droits des investisseurs découlant d'accords entre l'investisseur et l'Etat ? Dans la négative, faudrait-il la limiter, par exemple en distinguant entre les droits découlant de contrats essentiellement commerciaux (qui seraient probablement exclus) et les accords dans lesquels l'Etat exerce des prérogatives souveraines (qui seraient probablement couverts), distinction qui peut être très délicate dans la pratique, ou bien en énumérant ou en définissant les diverses catégories de droits pris en compte, notamment ceux découlant d'accords et d'autorisations d'investissement sur lesquels l'investisseur s'est fondé ?

8. Le Groupe a étudié en profondeur les choix stratégiques et les principaux problèmes, dans le temps qui lui était imparti, et a clarifié leurs conséquences. Vu la diversité des points de vue, le Groupe n'a pas rédigé des propositions de dispositions en vue de leur inclusion dans l'AMI. Il est néanmoins convenu de formuler, à titre d'illustration, les dispositions suivantes, qui doivent permettre d'éclairer les choix fondamentaux. On précisera que ces textes n'ont pas été examinés par le Groupe et n'ont pas valeur de recommandation.

TEXTES ILLUSTRATIFS⁸

Approche matérielle -- clause globale de respect

Chaque partie contractante se conforme à toute obligation qu'elle a souscrite pour un investissement déterminé d'un ressortissant d'une autre partie contractante.

⁸Les approches correspondant aux deux textes illustratifs sont interchangeables : la "clause globale de respect" pourrait être reformulée en "clause globale de règlement des différends" ; la "clause limitée de règlement des différends" pourrait être reformulée en "clause limitée de respect".

Approche procédurale -- clause limitée⁹ de règlement des différends

Un investisseur d'une autre partie contractante peut soumettre à arbitrage [conformément aux dispositions de l'AMI concernant les relations entre l'investisseur et l'Etat] tout différend relatif à un investissement se rapportant aux dispositions du présent Accord ou concernant toute autre obligation que la partie contractante a souscrite pour un investissement déterminé de l'investisseur par le biais :

- (a) d'une autorisation d'investissement que ses autorités compétentes ont accordée spécifiquement à l'investisseur ou pour l'investissement, ou
- (b) d'un accord¹⁰ ou d'un contrat écrits d'investissement conférant des droits sur des ressources naturelles ou sur d'autres biens ou activités économiques contrôlés par les autorités nationales,

et sur lesquels l'investisseur s'est fondé pour établir, acquérir ou développer notablement un investissement.

9 Le choix de la méthode précise de limitation n'a pas été examiné de façon approfondie.

10 Il faudrait probablement définir l'expression "accord d'investissement".

IV. EXCEPTIONS GENERALES

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 dommages ou à l'expropriation. La pratique est variable sur ce point dans les conventions bilatérales. Certaines délégations ont estimé qu'un renvoi au paragraphe 2(c) était nécessaire pour préciser que les actions entreprises en vertu d'une obligation de la Charte des Nations Unies devaient en tout état de cause primer sur l'AMI (voir le paragraphe 9 ci-après). La Délégation autrichienne a soumis une proposition qui aurait le même effet en modifiant l'ordre des paragraphes.

2. La question est de savoir si certaines obligations de l'Accord sont jugées si fondamentales pour la protection de l'investisseur, notamment l'indemnisation pour cause d'expropriation, qu'une disposition doit limiter le droit, pour une partie contractante, d'invoquer cet article pour des actions qui seraient incompatibles avec son obligation d'indemnisation en cas d'expropriation.

3. L'opinion majoritaire est que l'AMI doit prévoir une garantie absolue d'indemnisation de l'investisseur en cas d'expropriation d'un investissement. Une délégation a exprimé des doutes à ce sujet : en temps de guerre, un pays serait-il à même d'indemniser, dans tous les cas, un investisseur d'une partie avec laquelle il est en conflit ? Si l'on devait prévoir que les exceptions générales puissent prévaloir sur les obligations résultant de l'AMI, les délégations pourraient étudier de plus près si cette primauté ne devrait pas être limitée aux intérêts essentiels en matière de sécurité.

4. Une délégation s'est demandé s'il ne fallait pas prévoir l'application non rétroactive d'une telle disposition. Les délégations ont évoqué les règles de droit international coutumier qui limitent l'application rétroactive des traités. Elles ont estimé que cette observation était tout à fait fondée, mais qu'elle était valable d'une façon plus générale pour l'ensemble de l'accord et devait donc être traitée ailleurs.

Paragraphe 2

-- alinéa a

5. Le Canada, appuyé par d'autres délégations, a demandé qu'on mette entre crochets les termes "qu'elle juge" dans la disposition introductive, et également les termes "ou dans toute autre situation d'urgence dans les relations internationales" qui figurent à la fin du (i). De l'avis de ces délégations, ces propositions aideraient à se prémunir contre les possibilités d'abus en limitant le caractère discrétionnaire de cette disposition et son champ d'application. Une délégation estime qu'au vu d'une décision de la CIJ cette modification supprimerait le caractère discrétionnaire de cette disposition.

6. Des opinions divergentes ont été formulées quant à l'opportunité de supprimer les termes "notamment toute mesure" dans la disposition introductive, la liste devenant alors une liste fermée. 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. La Délégation autrichienne a également estimé qu'avec une liste fermée il faudrait également modifier l'alinéa (ii) (en insérant "notamment" après "non-prolifération") de façon à couvrir les

accords de non-prolifération autres que ceux concernant les armes nucléaires, par exemple les accords relatifs aux armes chimiques. Une délégation, appuyé par d'autres délégations, a proposé d'ajouter un nouvel alinéa (iii).

-- alinéa b

7. Cette disposition figure dans des accords récents (ALENA, TCE, AGCS, construction navale). Le Canada, appuyé par d'autres délégations, a demandé que le membre de phrase "dont elle estime que sa divulgation" soit remplacé par "dont la divulgation", de manière à se prémunir contre les possibilités d'abus en limitant le caractère discrétionnaire de cette disposition. Une délégation estime qu'au vu d'une décision de la CIJ cette modification supprimerait le caractère discrétionnaire de cette disposition.

8. Plusieurs délégations ont noté que cette question se posait également pour le chapitre concernant le traitement national, dans le contexte de la transparence. Une délégation a souligné qu'à son avis ce paragraphe s'applique également aux questions touchant à l'ordre public.

-- alinéa c

9. 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 qu'il est inutile de viser ces obligations, parce que la suprématie de la Charte des Nations Unies sur les traités internationaux n'est pas contestée, mais elles acceptent de ne pas insister sur cette suppression si d'autres délégations souhaitent faire état expressément de ces obligations. D'autres délégations estiment que cette référence est trop restrictive, parce qu'elle peut ne pas couvrir les actions entreprises en vertu d'accords régionaux de sécurité. Pour régler ce problème, la Délégation canadienne a proposé d'ajouter, après "Charte des Nations Unies" les termes "ou d'arrangements équivalents autorisés par une organisation internationale compétente". Pour une délégation, il s'agit d'une question de clarification et non d'appréciation de la nature plus ou moins restrictive d'une disposition. C'est pourquoi cette délégation a suggéré d'ajouter après "Charte des Nations Unies" les termes "ou conformément à celle-ci".

Paragraphe 3

10. Certains pays estiment qu'il faut faire référence à l'ordre public pour que les pays puissent prendre des mesures exceptionnelles fondées sur l'ordre public. Une délégation a indiqué dans une contribution écrite [DAFFE/MAI/DG2/RD(96)2] qu'une clause relative à l'ordre public avait pour but d'assurer certains objectifs, notamment d'appliquer ses lois de façon non discriminatoire et d'empêcher les troubles à l'ordre public que pourraient occasionner certains investissements étrangers. Elle estime que, vu la situation différente des investisseurs étrangers et des investisseurs nationaux en ce qui concerne la protection de l'ordre public, il ne serait pas possible, dans tous les cas, d'accorder un traitement équivalent à ces deux catégories d'investisseurs. Les délégations ont reconnu l'intérêt, pour un État, d'assurer l'application de ses lois pénales, de ses mesures antiterroristes et de sa réglementation antiblanchiment, par exemple. Mais toutes les délégations ne sont pas convaincues qu'il faille établir une discrimination entre les investisseurs étrangers et les investisseurs nationaux pour préserver l'ordre public. Une délégation a fait remarquer que si l'AMI allait au-delà des obligations relevant du traitement national et couvrirait la notion d'accès au marché, l'interprétation la plus large de l'ordre public s'imposerait alors.

11. 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'État d'accueil voulant préserver son droit d'exiger certaines informations 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 pourrait être pris comme modèle. 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.

12. Dans les situations où l'État 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.

13. Plusieurs propositions ont été formulées en vue de restreindre la portée d'une exception concernant l'ordre public. Une délégation a proposé que la notion d'ordre public soit limitée aux exceptions au principe du traitement national et que le mécanisme de règlement des différends de l'AMI soit applicable. Une délégation a fait néanmoins observer que si l'AMI allait au-delà des obligations de traitement national et couvrirait la notion d'accès au marché, l'interprétation la plus large de l'ordre public s'imposerait alors. La Commission européenne a proposé de faire référence au principe de proportionnalité tel que l'entend la Cour européenne de justice et d'exclure les finalités économiques de façon à limiter encore la notion d'ordre public.

14. Les délégations favorables à une exception pour l'ordre public sont convenues qu'il fallait strictement contrôler son utilisation. Ces délégations estiment que les actions se rattachant à l'ordre public ne seraient pas totalement discrétionnaires ; elles seraient limitées par le paragraphe 4 et par les procédures prévues au paragraphe 6. Une délégation, appuyée par l'Espagne, a fait observer que ces limitations et procédures devaient s'appliquer de la même manière qu'aux autres exceptions générales et que toutes les exceptions générales devaient être traitées de la même façon pour ce qui est de l'applicabilité du mécanisme de règlement des différends.

Paragraphe 4

15. Le paragraphe 4 s'appliquerait à toutes les exceptions prévues dans cet article. Il signifie que les parties doivent être de bonne foi lorsqu'elles invoquent cet article et qu'elles ne peuvent pas s'en servir de prétexte pour ne pas se conformer à leurs obligations en vertu de l'accord. Il existe déjà une obligation de bonne foi en droit international et une délégation craint qu'en énonçant de nouveau cette obligation dans l'accord on crée une norme différente. Certaines délégations estiment qu'il pourrait être utile de reprendre les dispositions du TCE (article 24) et de l'AGCS (article XIV), selon lesquelles l'ordre public ou les autres exceptions générales ne doivent pas constituer une restriction déguisée ou ne doivent pas être invoquées sans justification adéquate. Ce paragraphe pourrait être considéré comme ayant pour effet de permettre à une partie ayant de bonnes raisons de penser qu'une autre partie a utilisé abusivement cet article de contester cette utilisation pour non-conformité aux objectifs de l'article. De l'avis de plusieurs délégations, il faudrait attendre, pour prendre une décision au sujet du paragraphe 4, que l'examen des paragraphes 2 et 3 soit achevé.

Paragraphe 5

16. Le contenu de ce paragraphe ne pourra être précisé que lorsqu'on aura examiné le rôle du "Groupe des parties". La disposition concernant l'obligation de notification des mesures vise à faciliter la transparence, de façon à 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 entreprises pour des raisons économiques, culturelles ou autres devaient être identifiées comme telles et ne devaient 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

17. 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 qui pourraient lui être ouvertes. 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.

18. Le paragraphe 6 pourrait être adapté selon la façon dont les parties souhaitent procéder. Plusieurs options peuvent être envisagées :

a) les mesures 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 mesure où il ne s'agit pas de dispositions entièrement discrétionnaires ;

b) les mesures 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 mesures 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.

19. Selon une délégation, tout mécanisme de règlement des différends prévu dans l'AMI serait superflu du fait du caractère discrétionnaire des dispositions concernant les exceptions générales. Cette délégation s'interroge également sur la nécessité de prévoir dans cet article un mécanisme particulier de consultation distinct du mécanisme général de consultation de l'AMI.

20. Quelles 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.

C. STATU QUO, LE DÉMANTÈLEMENT ET L'ÉTABLISSEMENT DES RÉSERVES SPÉCIFIQUES PAR PAYS*

1. STATU QUO ET ETABLISSEMENT DES RESERVES SPECIFIQUES PAR PAYS

1.1. L'objectif de l'AMI est d'assurer une norme minimale élevée de traitement des investisseurs et de leurs investissements, et notamment le traitement national et le régime NPF. Le statu quo consiste en l'interdiction d'exceptions nouvelles ou plus restrictives à cette norme de traitement minimale. Dans cette perspective, une violation du statu quo constituerait une violation des obligations de base de l'AMI (par exemple le traitement national et le régime NPF) et le mécanisme de règlement des différends s'appliquerait à ces violations des obligations de l'AMI.

1.2. Le principe du statu quo ne vaudrait pas toutefois pour les exceptions générales (par exemple au titre de la sécurité nationale) et pour les dérogations temporaires (par exemple pour difficultés de balance des paiements) qui pourraient être autorisées en vertu de l'AMI.

1.3. En ce qui concerne les points sur lesquels les parties contractantes sont prêtes à prendre un engagement de statu quo, le Groupe de rédaction a estimé que :

- a) chaque partie contractante devait énumérer toutes ses mesures non conformes dans une annexe de l'Accord ;
- b) les réserves devaient décrire, par un libellé qui soit le plus précis possible, la nature et le champ d'application des mesures non conformes, afin de garantir que la portée des réserves ne soit pas plus large que les mesures concernées et qu'il ne s'agisse donc pas de réserves "de précaution" ;
- c) aucune mesure non conforme additionnelle ne pourrait être introduite ;
- d) une modification d'une mesure non conforme ne serait autorisée que si cette modification n'a pas pour effet de diminuer la conformité de la mesure.

Bien entendu, si les obligations de l'AMI étaient élargies, l'article 1.5 (a) à (d) entrerait de nouveau en jeu pour les obligations nouvelles ou élargies.

1.4. Le Groupe de rédaction a estimé qu'il fallait examiner de façon plus approfondie la question des réserves spécifiques par pays pour certains secteurs sensibles et certaines nouvelles activités économiques pouvant voir le jour à l'avenir. Plusieurs délégations ont suggéré à cet égard une démarche souple, qui consisterait à prévoir des annexes distinctes de l'Accord pour l'énumération des réserves spécifiques par pays concernant ces domaines.

1.5. Le Groupe de rédaction a également considéré qu'une présentation normalisée des mesures non conformes énumérées dans les réserves spécifiques des parties contractantes améliorerait la transparence et faciliterait l'application de l'Accord. Le Groupe de rédaction a estimé que les réserves spécifiques énumérées dans les listes des parties contractantes devaient comporter les éléments suivants :

- a) l'obligation ou l'article de l'AMI faisant l'objet de la réserve ;

* Repris de DAF/MAI/DG2(96)2

- b) le ou les secteur(s) ou sous-secteur(s) donnant lieu à la réserve ;
- c) le niveau d'administration maintenant la mesure non conforme ;
- d) la source juridique de la mesure non conforme ;
- e) la description de la mesure non conforme ;
- f) la finalité de la mesure non conforme.

1.6. Toutefois, pour des raisons pratiques, les informations à fournir devraient se limiter au minimum nécessaire pour décrire les mesures non conformes. Cela vaudrait tout particulièrement pour les mesures infranationales (États fédérés et collectivités locales, par exemple), qui ne devraient probablement pas toutes être énumérées.

2. DÉMANTÈLEMENT

2.1. Le démantèlement est le processus de libéralisation par lequel les mesures non conformes à l'AMI seraient réduites et, finalement, éliminées. Il s'agit d'un élément dynamique, lié au statu quo, qui en est le point de départ. Associé au statu quo, il produirait un "effet de cliquet", grâce auquel toute nouvelle mesure de libéralisation serait "verrouillée" et ne pourrait être au fil du temps ni abrogée ni invalidée.

2.2. Il existe un certain nombre de méthodes pour parvenir au démantèlement. La plus connue dans le domaine des échanges est celle qui consiste à organiser des cycles de négociations successifs, où le démantèlement résulte de l'échange mutuel de concessions commerciales. Pour leur part, les instruments de libéralisation de l'OCDE ont joué sur la pression exercée par les pairs. Les engagements de démantèlement peuvent également être inscrits sur des listes d'engagements ou de réserves. Bien que cette pratique ne soit pas généralisée, elle a été utilisée dans certains cas pour les instruments de l'OCDE.

2.3. Le démantèlement pourrait être obtenu :

- a) au moyen d'engagements de libéralisation souscrits par les parties contractantes, qui prendraient effet à la date d'entrée en vigueur de l'AMI. Cela signifie que les restrictions actuellement appliquées ne figureraient pas toutes dans la liste des réserves des parties contractantes ;
- b) au moyen d'engagements de démantèlement qui figureraient dans la réserve d'un pays ou dans la description d'une mesure non conforme par le biais d'une clause d'élimination progressive ou de validité limitée, précisant la date à laquelle une mesure non conforme sera supprimée ou restreinte. Une clause d'élimination progressive ou une clause de validité limitée ne pourraient pas être envisagées pour toutes les mesures non conformes. Elles pourraient être néanmoins utiles lorsque l'élimination progressive d'une mesure non conforme est prévue dans la législation interne ou lorsqu'une partie contractante est à même de s'engager à prendre une mesure de libéralisation à une date précise.

2.4. Le démantèlement après l'entrée en vigueur de l'AMI pourrait résulter :

- a) de l'obligation, pour une partie contractante, d'adapter ses réserves pour tenir compte de toute nouvelle mesure de libéralisation (effet de "cliquet") ;

b) d'un examen périodique des mesures non conformes. Cet examen pourrait aboutir à des recommandations en vue de la suppression ou de la limitation de certaines mesures. Ces examens pourraient être effectués pays par pays ou horizontalement ou sectoriellement, compte tenu du degré de libéralisation déjà réalisé ;

c) de cycles futurs de négociations destinés à éliminer des mesures non conformes. La décision de lancer de telles négociations pourrait être prise à l'achèvement des négociations de l'AMI, ou l'AMI pourrait lui-même fixer la date du premier cycle de négociations.

2.5. Un "Groupe des parties" pourrait avoir pour mission de surveiller l'adaptation des réserves des pays, de procéder aux examens périodiques des mesures non conformes ou de lancer des cycles futurs de négociations.