



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

### **DEFINITION DE L'INVESTISSEMENT ET DE L'INVESTISSEUR**

**(Note du Président)**

## DÉFINITION DE L'INVESTISSEMENT ET DE L'INVESTISSEUR

(Note du Président)

1. Le Groupe de négociation a examiné une première fois la définition de l'investisseur et de l'investissement lors de sa réunion d'octobre, sur la base d'une note du Président [DAFFE/MAI(95)2] et des contributions de deux pays [DAFFE/MAI/RD(95)4 et ADD1]. Le Président avait conclu que cette question devrait être réexaminée sur la base d'une nouvelle note analysant les conséquences de ces définitions sur les obligations de fond découlant de l'AMI [voir compte rendu succinct DAFFE/MAI/M(95)3].

### Investissement

2. La définition de l'investissement et ses interactions avec les obligations de fond découlant de l'accord vont déterminer le champ des droits et obligations des Parties contractantes en vertu de l'AMI. L'objectif devrait être de protéger toutes les formes de propriété des investisseurs étrangers et d'assurer leur établissement et leur participation dans les entreprises. Cette définition devrait être suffisamment large pour couvrir toutes les formes d'investissement reconnues ou en cours d'évolution. Toutefois, cette définition ne doit pas systématiquement couvrir toutes les rubriques du Code, comme par exemple les opérations financières pures susceptibles de se dérouler sur le marché financier, le marché monétaire ou le marché des changes.

3. Pour définir l'investissement, l'une des approches consiste à établir une liste (généralement non exhaustive) des actifs couverts par l'accord. Cette approche est généralement celle utilisée dans les accords bilatéraux de protection des investissements. Si elle était appliquée dans l'AMI aux investissements avant établissement, cela risquerait de créer pour certaines transactions des obligations non souhaitées. Une autre approche consiste à utiliser la définition plus étroite de l'investissement direct figurant dans le Code de la libération des mouvements de capitaux de l'OCDE (voir annexe, paragraphe 2). Toutefois, on risquerait d'exclure ainsi des formes importantes d'investissements dans des entreprises comme les investissements de portefeuille, par exemple. La troisième solution serait de prendre modèle sur les dispositions figurant dans les récents accords multilatéraux consacrés aux investissements comme l'ALENA, qui contiennent une vaste liste d'actifs mais qui les relient aux activités d'une entreprise.

4. A la lumière des discussions du Groupe de négociation lors de sa réunion d'octobre, la présente note propose que l'AMI adopte une définition large de l'investissement, qui comprenne des actifs corporels et incorporels (comme dans les accords bilatéraux), s'applique avant et après l'établissement et soit liée aux activités d'une entreprise (comme dans l'ALENA). Cette définition comporterait, à titre d'illustration, une liste d'actifs pouvant être considérés comme des "investissements" aux termes de l'accord. L'annexe à la présente note examine les différents éléments les plus couramment inclus dans les accords bilatéraux de protection des investissements.

5. La définition de l'investissement doit être envisagée en relation avec les obligations découlant de l'accord qui seront applicables. Le libellé même des obligations de fond pourrait limiter l'application de la définition. En définitive, les pays Membres pourraient être autorisés à formuler des réserves spécifiques si certaines obligations étaient trop larges. En particulier, il convient de prendre en considération les questions suivantes :

- Quelles seraient les conséquences d'une extension des obligations relatives au traitement des investisseurs et de l'investissement (traitement national, régime de la nation la plus favorisée, transparence) à chacun des éléments de la définition ?

- Comment s'appliqueraient les obligations de protection spécifiques (expropriation et indemnisation, droit de transférer des fonds) ?
- Le règlement des différends, notamment le mécanisme de règlement des différends entre l'investisseur et l'Etat, s'appliquerait-il à tous les éléments ?

### Investisseur

6. La définition de l'"investisseur" est essentielle dans le contexte de l'AMI afin de déterminer quelles sont les personnes, physiques ou morales, qui vont bénéficier de l'accord et qui pourront mettre en oeuvre le mécanisme de règlement des différends.

7. La plupart des accords relatifs aux investissements entendent par "investisseurs" les personnes physiques qui sont soit ressortissants, soit résidents permanents d'une partie à l'accord.

8. Dans le cas de personnes morales, la situation est légèrement plus compliquée. Le Traité sur la Charte de l'énergie définit comme investisseur une société organisée conformément à la législation d'une partie contractante. Dans l'ALENA, les entreprises constituées conformément à la législation d'une partie à l'ALENA bénéficient du chapitre consacré aux investissements. Les entreprises contrôlées par un investisseur d'une partie à l'ALENA mais constituées dans des pays tiers ne sont en revanche pas couvertes par ces dispositions.

9. Une définition large de l'investisseur couvrirait non seulement les personnes morales telles que les sociétés de capitaux et les sociétés de personnes, mais également les entreprises individuelles, les co-entreprises, les succursales et les bureaux de représentation.

10. Les questions suivantes pourraient être notamment examinées :

- *Le terme "investisseur" dans l'AMI devrait-il couvrir les personnes physiques (ressortissants et résidents permanents) d'une Partie et les entreprises constituées conformément aux lois d'une Partie ?*
- *Le terme "investisseur" devrait-il également s'appliquer aux sociétés organisées dans des pays tiers mais contrôlées par un investisseur d'une Partie ?*
- *Les entités telles que les succursales directes, entreprises individuelles, bureaux de représentations ou associations sans but lucratif devraient-elles être concernées ?*

## ANNEXE

### LISTE D'ÉLÉMENTS FOURNIE À TITRE D'ILLUSTRATION

Cette liste s'inspire des listes les plus couramment utilisées dans les accords bilatéraux de protection des investissements pour définir les "actifs" ou les "investissements". Le Traité sur la Charte de l'énergie et l'ALENA ont également servi de base de comparaison. La présente annexe examine les éléments spécifiques qui ont trait aux obligations existantes des pays Membres de l'OCDE découlant des Codes de la libération et soulève certaines questions concernant l'incidence d'une couverture dans l'AMI. Ces questions devront être abordées lors de l'examen de la rédaction de dispositions précises de l'AMI.

#### **(i) Les biens corporels et incorporels, meubles et immeubles, et tous droits de propriété connexes tels que location, hypothèques, privilèges et gages**

1. Cette catégorie comprend les biens immeubles, qui sont une forme courante de biens protégée par les conventions bilatérales en matière d'investissement (CBI) et les accords multilatéraux tels que le Traité sur la Charte de l'énergie et l'ALENA. Il est admis que la rubrique I/A du Code de la libération des mouvements de capitaux de l'OCDE couvre les biens immobiliers nécessaires à un investissement direct. Les CBI du Canada et l'ALENA excluent les biens immeubles qui ne sont pas acquis ou utilisés dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou d'autres objets commerciaux.

- *Les normes de l'AMI en matière de traitement national et de régime NPF concernant l'entrée et l'établissement devraient-elles s'appliquer aux biens immeubles qui ne sont pas liés à la création, l'extension ou la prise de participation dans une entreprise ?*
- *Les obligations de protection de l'AMI, notamment en matière d'expropriation et d'indemnisation et de droit de transférer des fonds, devraient-elles s'appliquer sans tenir compte de l'objectif pour lequel le bien immeuble a été acquis ?*

#### **(ii) Les sociétés ou entreprises commerciales, les parts, actions ou toute autre forme de participation au capital dans une société ou entreprise commerciale, ainsi que les obligations, et autres titres d'emprunt d'une société ou entreprise commerciale**

2. L'investissement direct tel qu'il est défini par les Codes inclut la création ou l'extension d'une entreprise, filiale ou succursale intégralement détenue, l'acquisition de la totalité du capital d'une entreprise existante, ainsi que la participation dans une entreprise nouvelle ou existante. Les obligations avant l'établissement découlant de l'AMI correspondraient aux obligations existantes découlant des Codes en ce qui concerne l'investissement direct. De la même façon, les obligations de protection prévues par l'AMI pour l'investissement direct, notamment pour l'expropriation et l'indemnisation, le transfert de fonds, etc., correspondraient à la couverture prévue par les CBI et le Traité sur la Charte de l'énergie.

3. La définition pourrait s'étendre aux actions et participations dans le capital d'une société ou entreprise commerciale directement liées au fonctionnement de l'entreprise. Dans la phase de pré-établissement, les obligations de traitement national et de non-discrimination découlant de l'AMI devraient permettre à des investisseurs étrangers d'acquérir des actions sur la même base que les investisseurs nationaux. En tant qu'actif, cet investissement serait couvert par les obligations de protection prévues par l'AMI.

4. Les titres représentatifs de dettes d'une entreprise, notamment les obligations et autres titres d'emprunt à long terme, pourraient également être considérés comme des investissements.

*Faudrait-il inclure aussi les titres représentatifs de dettes à court terme ? La dette publique ou les fonds publics devraient-ils être considérés également comme des investissements ? L'ALENA exclut explicitement de sa définition des investissements les prêts à des entreprises d'Etat. L'AMI devrait-il prévoir une exclusion similaire ?*

**(iii) Les créances d'argent et les droits à prestations au titre d'un contrat ayant une valeur [économique] [financière]**

6. Cet élément, qui inclut les prêts, figure de manière courante dans la plupart des accords bilatéraux de protection des investissements, sauf ceux des Etats-Unis. Il pourrait englober les prêts à court terme à long terme, sauf si une durée spécifique était indiquée. Les Codes de l'OCDE incluent dans l'investissement direct les prêts à cinq ans ou plus. L'ALENA impose que l'échéance originelle du prêt soit de trois ans au moins.

*L'AMI devrait-il fixer une durée minimale pour les prêts ?*

7. Certaines créances d'argent peuvent naître d'une transaction commerciale, notamment de la vente de biens ou de services, et la question est de savoir si ces créances, qui ne sont généralement pas considérées comme des "investissements", pourraient néanmoins être incluses dans une large définition du terme "actifs". Le Traité sur la Charte de l'énergie précise que ces créances doivent être associées à un investissement. L'ALENA exclut expressément du champ de la définition de l'investissement toute créance "découlant uniquement de contrats commerciaux pour la vente de produits ou de services" ou de "l'octroi de crédits pour une opération commerciale".

*L'AMI devrait-il prévoir une exclusion similaire ? Cette exclusion devrait-elle être limitée aux seules obligations avant l'établissement, permettant ainsi à de telles créances d'être protégées par les dispositions de l'accord relatives à la protection de l'investissement ?*

**(iv) Les droits de propriété intellectuelle**

8. Les CBI et les accords multilatéraux reconnaissent que toutes les formes de propriété intellectuelle constituent des "investissements". Les accords diffèrent toutefois dans le degré de spécificité avec lequel ces droits sont définis. La survaleur est le plus souvent traitée comme un élément des droits de propriété intellectuelle. Les CBI du Canada la font figurer à part. Dans les autres cas, cette catégorie d'actifs comprend généralement les droits d'auteur et les droits voisins, les brevets, les dessins et modèles industriels, les droits sur les topographies de semi-conducteurs, les secrets commerciaux, notamment le savoir-faire et les informations commerciales confidentielles, les marques de commerce ou de fabrique et les marques de services, les noms commerciaux.

9. Inclure les droits de propriété intellectuelle dans la définition de l'investissement de l'AMI pourrait aboutir à étendre à cette catégorie de biens les obligations et normes de l'Accord. Ceci pourrait obliger à définir la relation entre l'AMI et les autres accords internationaux qui touchent à la propriété intellectuelle,

particulièrement dans les cas où ces accords imposent des normes de traitement qui diffèrent de celles de l'AMI ou lorsqu'ils prévoient des mécanismes de règlement des différends.

*L'AMI devrait-il limiter la couverture de la propriété intellectuelle aux dispositions relatives à la protection de l'investissement qui figurent dans l'Accord ? Quelle procédure pourrait-on adopter pour éviter d'empiéter sur les dispositions en matière de règlement des différends figurant dans d'autres accords relatifs à la propriété intellectuelle ?*

**(v) Droits conférés par la loi [ou par contrat], par exemple licences ou autorisations**

10. Les accords bilatéraux reconnaissent que les droits tels que les licences et autorisations constituent une forme de propriété. Même s'ils ne sont pas toujours mentionnés, ces droits sont généralement entendus comme couvrant les droits à rechercher, cultiver, extraire ou exploiter des ressources naturelles. La plupart des accords bilatéraux ainsi que le Traité sur la Charte de l'énergie se réfèrent aux droits conférés par la loi ou par contrat et étendent donc la protection à toutes ces formes de propriété.

*Quelles seraient les conséquences d'une extension des obligations avant établissement qui s'appliqueraient aux termes de l'AMI ? Les normes en matière de traitement national et de régime NPF faciliteraient-elles l'accès au marché des investisseurs étrangers souhaitant obtenir des licences ou des autorisations ?*

11. Les CBI des Etats-Unis et l'ALENA, qui imposent tous des obligations pré- et post-établissement, incluent une catégorie de biens qui concernent des droits contractuels, par exemple en vertu de contrats clé en mains, contrats de construction, contrats de partage de production ou de recettes, concessions et autres contrats similaires. L'ALENA lie ces intérêts aux "contrats qui supposent la présence de biens de l'investisseur sur le territoire de la partie, notamment contrats clé en mains ou contrats de construction ou concessions", ou aux "contrats dont la rémunération dépend en grande partie de la production, du chiffre d'affaires ou des bénéfices d'une entreprise". Ceci signifie que le niveau de risque et d'implication de l'investisseur doit être substantiel pour qu'on puisse considérer qu'il y a investissement, faute de quoi les obligations découlant de l'accord ne s'appliqueront pas.

*L'AMI devrait-il inclure une catégorie de biens similaires, en plus/à la place des droits conférés par la loi ?*

12. Nombre d'accords bilatéraux comportent des dispositions selon lesquelles une modification de la forme d'un investissement n'affecte pas son caractère d'investissement, et précisent que le terme "investissement" recouvre tous les investissements, qu'ils aient été effectués avant ou après la date d'entrée en vigueur de l'accord.

*Est-il nécessaire d'inclure des dispositions similaires dans l'AMI ou l'interprétation de l'intention de ses auteurs aurait-il le même résultat ?*