



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

**Groupe de rédaction No.1 sur certains sujets relatifs
à la protection de l'investissement**

**RAPPORT DU GROUPE DE RÉDACTION NO.1 SUR CERTAINS SUJETS RELATIFS
À LA PROTECTION DES INVESTISSEMENTS**

Note

Dans le cadre de la négociation de l'Accord multilatéral sur l'investissement et compte tenu du mandat qui lui a été conféré, le Groupe de rédaction a examiné un certain nombre de points relatifs à la protection de l'investissement. Il s'est réuni les 23-24 et 26-27 octobre, le 30 novembre et les 1er et 4 décembre 1995.

Les réunions du Groupe de rédaction se sont déroulées dans une atmosphère extrêmement cordiale et constructive.

On trouvera ci-joint le résultat de ces discussions, à savoir cinq articles accompagnés de "commentaires".

Ces commentaires sont de nature très diverse. Certains ont uniquement pour but d'expliquer les choix des experts, en signalant en particulier d'autres propositions qui n'ont pas été retenues ou qui restent à l'examen. D'autres mettent en lumière des problèmes qui ne relèvent pas de la compétence du Groupe de rédaction et qui devront être traités à un stade ultérieur, compte tenu de l'incidence sur les points examinés par le Groupe.

Enfin, certains commentaires ont pour but de poser au Groupe de négociation une série de questions qui impliquent des choix précis sur des points particuliers que le Groupe de rédaction ne s'estime pas en mesure de traiter, au moins à ce stade.

Les experts sont conscients que ces questions concernent l'accord dans sa totalité et que, par conséquent, le Groupe de négociation souhaitera peut-être les aborder à un stade ultérieur. Dans la pratique, un seul principe pourrait être débattu sans tarder, celui qui a trait au risque de change en cas d'expropriation.

Projet d'articles sur certains points relatifs la protection de l'investissement

Article A TRAITEMENT GENERAL¹

(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.

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

¹ Un pays propose de supprimer le paragraphe 2 et de libeller le paragraphe 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, le maintien, 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."

Article B EXPROPRIATION ET INDEMNISATION²

(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 aux paragraphes (2) à (5).

(2) L'indemnité est versée sans retard.

(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.

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

(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

(6) 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.

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.

³ Une délégation propose une autre solution, pour les raisons indiquées dans les commentaires, qui consisterait à remplacer la dernière phrase du paragraphe 4 et du paragraphe 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."

Article C
PROTECTION CONTRE LES TROUBLES

(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.

(2) Nonobstant le paragraphe (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 conforme à l'article B, paragraphes 2 à 5.

Article D TRANSFERTS

(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 toute ou partie d'un investissement ;
- e) les indemnités versées en vertu des articles B et C ;
- 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.

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

(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) 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.]

(5) Nonobstant le paragraphe (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.

[(6) Nonobstant les paragraphes (1) à (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 B, paragraphe 4.

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

Article E
SUBROGATION

(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.

(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 Un pays éprouve des difficultés en ce qui concerne les obligations prévues dans ce paragraphe.

COMMENTAIRES

Article A

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 A ("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 le paragraphe 2, trois formulations ont été suggérées. Elles ont chacune dans la pratique des conséquences différentes. Une proposition (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.

Article B

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 toute 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 B.
4. On a jugé très importants les cas d'expropriation qui ont trait à un investissement consistant pour toute 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 A. Si la mesure a un caractère permanent ou est assimilable à une expropriation, (i) elle relèvera de l'article B 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 paragraphes 4 et 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.

Article D

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 D(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 D(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 D. 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 B.
5. L'article D, paragraphes 2 et 3, assure -- 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 D(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 D(4), mais les délégations n'ont pas jugé qu'il fallait approfondir cette question tant qu'elles n'auraient pas de directive 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 du paragraphe 5 : "La liberté de transfert des revenus en nature au titre du paragraphe 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 D(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 D(6). Pour aider à concilier ces divergences, une délégation a proposé un autre libellé : "Aucune disposition de l'article D 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 A".

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, bénéfiques 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.

Article E

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 E. 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 E pourrait figurer autre part dans l'accord, éventuellement dans la section concernant le règlement des différends.