



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

**Groupe de rédaction No.2 sur certains sujets relatifs au traitement
des investisseurs et des investissements**

**DISCUSSIONS D'UN PROJET D'ARTICLES CONCERNANT LE TRAITEMENT NATIONAL,
LA NON-DISCRIMINATION/LE RÉGIME DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE
ET LA TRANSPARENCE**

(Note du Président)

DISCUSSIONS D'UN PROJET D'ARTICLES CONCERNANT LE TRAITEMENT NATIONAL, LA NON-DISCRIMINATION/LE RÉGIME DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE ET LA TRANSPARENCE

I. INTRODUCTION

Le Groupe de rédaction a été chargé de formuler un certain nombre de dispositions de l'AMI sur plusieurs points concernant le traitement des investisseurs et de l'investissement (avant et après établissement). Le présent document contient le texte de dispositions ayant trait aux trois premiers points du mandat du Groupe, à savoir le traitement national, la non-discrimination/le régime de la nation la plus favorisée et la transparence. Ce texte est soumis au Groupe pour examen à sa première réunion des 5 et 6 décembre 1995.

Ces propositions s'appuient sur le débat d'orientation qui a eu lieu lors de la réunion d'octobre du Groupe de négociation et sur les dispositions "en pointe" d'instruments internationaux existants qui ont trait à l'investissement. Elles sont accompagnées d'un commentaire de leur portée et de leur application.

II. PROJET D'ARTICLES

A. Traitement des investisseurs/des investissements

1. *Chaque partie accorde aux investisseurs d'une autre partie et à leurs investissements un traitement non moins favorable que celui 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, la gestion, la réalisation, l'exploitation, [l'entretien, l'utilisation, la jouissance] et l'aliénation d'investissements.*

2. *Chaque partie accorde aux investisseurs d'une autre partie et à leurs investissements un traitement non moins favorable que celui qu'elle accorde [dans des circonstances similaires] aux investisseurs d'une autre partie ou d'une non-partie, ainsi qu'aux investissements des investisseurs de toute autre partie ou d'une non-partie, en ce qui concerne l'établissement, l'expansion, la gestion, la réalisation, l'exploitation [l'entretien, l'utilisation, la jouissance] et l'aliénation d'investissements.*

3. *Chaque partie accorde aux investisseurs d'une autre partie et aux investissements des investisseurs d'une autre partie le traitement le plus favorable de ceux exigés en vertu des paragraphes 1 et 2.*

B. Transparence

1. *Chaque partie publie ou met à la disposition du public d'une autre manière, dans les moindres délais, ses lois, réglementations, décisions administratives d'application générale et décisions judiciaires (ci-après dénommées "mesures") et toute autre information pertinente affectant le fonctionnement du présent accord.*

2. *Chaque partie notifie au [Groupe des parties] dans les moindres délais et en tout cas dans les soixante jours l'adoption de toute nouvelle mesure ou de toute modification des mesures existantes affectant le fonctionnement du présent accord.*

3. *Chaque partie établit un ou plusieurs points d'information chargés de fournir aux autres parties qui en feront la demande des renseignements spécifiques sur les questions faisant l'objet des prescriptions des paragraphes 1 ou 2.*

4. *Une partie n'est pas tenue de fournir ou de rendre accessibles des informations concernant des investisseurs ou des investissements dont la divulgation serait contraire à ses lois protégeant la confidentialité des informations industrielles ou commerciales.*

II. COMMENTAIRE

A. Traitement des investisseurs/des investissements

Paragraphe 1 : traitement national

1. Ce libellé s'inspire de celui qui est le plus généralement utilisé dans les conventions existantes en matière d'investissement, le traitement national étant défini comme un "traitement non moins favorable" que celui accordé aux investisseurs nationaux. Ce libellé n'est assorti d'aucune condition. Il instaure le traitement national de jure (textes officiels) et de facto (pratique effective). Il vaut aussi bien avant qu'après l'établissement, c'est-à-dire qu'il peut s'appliquer aussi bien aux investisseurs non établis/non résidents qu'aux investisseurs établis conformément à la loi du pays d'accueil.

2. Le champ d'application de cet article dépendra en outre de la définition qui sera donnée dans l'AMI des termes "investisseur" et "investissement". Si cette disposition est aussi détaillée (établissement, acquisition, expansion, gestion, réalisation, exploitation, entretien, utilisation, jouissance et aliénation de l'investissement), c'est parce qu'on a voulu clarifier les types d'opérations visées et réduire au maximum les problèmes futurs d'interprétation. On peut se demander si en couvrant "l'entretien, l'utilisation et la jouissance" dans la disposition relative au traitement national on obtient une protection supplémentaire par rapport à celle prévue dans l'article sur le traitement général qui figure dans le projet de texte concernant la protection de l'investissement [DAFFE/MAI/DGI(95)2], ou si on s'écarte de ce traitement général. Il faudra s'assurer de la cohérence entre cet article et celui qui concerne la protection de l'investissement.

3. Un certain nombre de conventions en matière d'investissement définissent le "traitement non moins favorable" en liaison avec les "circonstances similaires" dans lequel se trouvent les investisseurs et leurs investissements. Cela veut dire que le traitement national s'applique au regard de situations similaires, mais qu'il ne s'applique pas, en règle générale, à des circonstances ou des situations différentes. Dans l'AGCS, qui n'utilise pas cette expression, la comparaison se fait entre les "services et fournisseurs de services" étrangers et les "services similaires et fournisseurs de services similaires" nationaux. Les termes "circonstances similaires", "situations similaires" ou "investisseurs ou investissements similaires", qui peuvent laisser une marge d'interprétation, ne sont donc peut-être pas pleinement satisfaisants. La question se pose donc de savoir si le libellé retenu dans l'AMI doit faire référence à des "circonstances similaires".

4. On peut se demander dans ce contexte si une déclaration clarificatrice ou interprétative, sous une forme ou sous une autre, pourrait empêcher une utilisation dévoyée de l'expression "circonstances similaires" dès lors que celle-ci figurerait dans le texte. On peut s'appuyer à cet égard sur un certain nombre de précédents, notamment la clarification effectuée dans le cadre de l'Instrument de l'OCDE relatif au traitement national et les déclarations interprétatives qui ont été faites par les signataires du Traité sur la Charte de l'énergie et de l'ALENA. Il existe également dans le cadre de l'Instrument relatif au traitement national un accord sur le "traitement équivalent" pour les succursales et autres entités non constituées en personnes morales des entreprises sous contrôle étranger non établies.

5. Dans *l'Instrument relatif au traitement national*, l'expression "dans les mêmes circonstances" signifie que la comparaison entre les entreprises établies sous contrôle étranger et les entreprises nationales n'est valable que si elle porte sur des entreprises opérant dans le même secteur. Des considérations générales, comme les objectifs de la politique suivie par les pays Membres, peuvent également entrer en ligne de compte. Un autre élément consiste à vérifier que la discrimination n'est pas motivée, au moins en partie, par le fait que les entreprises concernées sont sous contrôle étranger.

6. Selon la *déclaration Canada/États-Unis* concernant les "circonstances similaires" dans le contexte de l'article 10 du *Traité sur la Charte de l'énergie*, deux éléments fondamentaux doivent être pris en compte pour déterminer si un traitement différentiel des investisseurs ou des investissements est conforme à l'obligation de traitement national. Le premier élément consiste à se demander si les objectifs sont compatibles avec le principe de non-discrimination. Il est admis que des objectifs légitimes peuvent justifier un traitement différentiel pour refléter les circonstances dissemblables dans lesquelles se trouvent les investisseurs étrangers et les investisseurs nationaux. Par exemple, l'objectif consistant à assurer l'intégrité d'un système financier national justifierait des mesures prudentielles raisonnables à l'égard des investisseurs étrangers et de leurs investissements lorsque de telles mesures ne seraient pas nécessaires pour assurer la réalisation de cet objectif dans le cas des investisseurs ou investissements nationaux. Le deuxième élément est le suivant : à quel degré la mesure est-elle motivée par le fait que l'investisseur ou l'investissement appartient à des étrangers ou est sous contrôle étranger? Une mesure qui viserait spécifiquement un investisseur parce qu'il est étranger et qui ne serait pas contrebalancée par des motivations suffisantes du point de vue de l'action des pouvoirs publics serait contraire à l'obligation de traitement national.

7. Selon la *déclaration d'action administrative faite par les États-Unis* à propos du chapitre de l'ALENA relatif au *commerce transfrontières des services*, la disposition prévoyant un traitement "non moins favorable" n'exige pas que les investisseurs des autres parties bénéficient d'un traitement identique ou égal à celui accordé aux entreprises locales ou aux autres entreprises étrangères. Les investisseurs étrangers et leurs investissements peuvent être traités différemment si les circonstances le justifient. Par exemple, une partie peut imposer des prescriptions spéciales aux investisseurs d'autres parties et à leurs investissements si cela est nécessaire pour que les consommateurs bénéficient du même degré de protection que celui dont ils bénéficient à l'égard des entreprises locales. L'obligation de non-discrimination/NPF interdit les lois et réglementations visant à fausser les conditions de concurrence en faveur des entreprises locales, mais elle n'interdit pas les distinctions réglementaires légitimes entre ces entreprises et les entreprises étrangères et leurs investissements.

8. Le Groupe pourrait également s'interroger sur l'opportunité de traiter les problèmes qui ont trait à "l'accès au marché". Les situations à prendre en compte sont celles où, en particulier, des *restrictions identiques* sont imposées aux entreprises nationales et aux entreprises étrangères ainsi qu'à leurs investissements. Hormis le cas des monopoles et des entreprises d'État, qui fera l'objet d'un examen spécifique par le Groupe de négociation, ces mesures peuvent prendre la forme de quotas limitant le nombre des investisseurs, de critères relatifs aux besoins du marché, d'un plafonnement de la valeur des investissements et/ou des actifs des investisseurs ou de leurs investissements, de restrictions aux types d'activités pouvant être réalisées ou de restrictions concernant le personnel employé par les investisseurs et par leurs entreprises. La disposition relative au traitement national risquant de ne pas traiter correctement ces problèmes, il faut se demander si l'AMI ne devrait pas contenir des dispositions spéciales régissant l'accès au marché et, dans l'affirmative, quelles pourraient être la nature et la portée de ces dispositions.

Paragraphe 2. Non-discrimination/NPF

9. Comme c'est le cas pour d'autres conventions en matière d'investissement, le libellé proposé est très similaire à celui utilisé pour l'obligation de traitement national. Par conséquent, les solutions qui pourraient être trouvées aux problèmes mentionnés dans la section précédente vaudraient également pour la disposition relative à la non-discrimination/au régime NPF.

10. Le libellé proposé vise à faire en sorte que les avantages accordés par une partie à une non-partie (notamment dans le contexte d'un accord bilatéral, régional ou international) soient également accordés aux parties à l'AMI.

11. Le droit d'une partie de bénéficier des engagements pris par les autres parties est implicite dans la formulation proposée. Le Groupe pourrait néanmoins s'interroger sur l'opportunité d'un libellé explicite, comme dans les Codes de l'OCDE.

Paragraphe 3. Norme de traitement

12. La plupart des conventions en matière d'investissement disposent expressément que le traitement applicable est celui des deux traitements -- le traitement national ou la non-discrimination/NPF -- qui est le plus favorable. En effet, la non-discrimination/NPF constitue la norme absolue qui doit être respectée même en l'absence de traitement national. Cela peut être formulé dans l'article sur la non-discrimination/NPF ou dans un article spécifique, comme on l'a fait ci-dessus.

B. TRANSPARENCE

13. La plupart des dispositions des conventions en vigueur en matière d'investissement distinguent, dans le domaine de la *transparence*, entre la "publication ou diffusion" des informations concernant directement les investisseurs et les décisions d'investissement et la "notification" des mesures et pratiques qui peuvent affecter, modifier ou annuler la nature et la consistance des engagements pris par les parties. L'obligation de notification est en fait étroitement liée aux dispositions en matière de règlement des différends qui régissent les consultations et une conciliation ainsi que le règlement des différends pouvant surgir en ce qui concerne la notification des mesures non conformes. En outre, certaines conventions prévoient des points de contact ou d'information pour faciliter l'échange de renseignements avec les investisseurs étrangers. En règle générale, ces dispositions n'empêchent pas toutefois une partie de protéger la confidentialité des informations industrielles ou commerciales.

14. On rappellera que l'article 1c) de la troisième décision révisée du Conseil relative au traitement national dispose que "l'Organisation examinera les notifications qui lui seront adressées ... en vue d'apprécier si chaque Membre satisfait aux engagements résultant de la déclaration". L'Organisation peut ainsi examiner les mesures notifiées par les pays Membres. En outre, rien n'empêche un pays Membre de saisir l'Organisation pour obtenir des informations sur les lois et réglementations d'un pays Membre en rapport avec l'Instrument relatif au traitement national. Ces dispositions pourraient être prises en compte dans le cadre des discussions qu'aura le Groupe de négociation au sujet des attributions du Groupe des parties de l'AMI.