



**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**

**RAPPORT DU GROUPE DE REDACTION SUR LE TRAITEMENT  
DES INVESTISSEURS ET DES INVESTISSEMENTS**

## **RAPPORT DU GROUPE DE REDACTION SUR LE TRAITEMENT DES INVESTISSEURS ET DES INVESTISSEMENTS**

Ce rapport présente les propositions du Groupe de rédaction, accompagnées de commentaires, concernant les articles de l'AMI sur le traitement national et le régime de la nation la plus favorisée, la transparence et les exceptions générales, ainsi que ses propositions pour les mécanismes de statu quo, de démantèlement et d'établissement des réserves des pays, conformément aux paragraphes 2 et 3 de son mandat.

Le Groupe de rédaction se propose de soumettre au Groupe de négociation un deuxième rapport relatif à un projet d'articles concernant la définition de l'investisseur et de l'investissement (paragraphe 4 de son mandat) lors de la réunion d'avril 1996.

## TABLE DES MATIÈRES

I.	Projet d'articles sur le traitement national, le régime de la nation la plus favorisée et la transparence	4
	Commentaires	5
	Nouvelles propositions	8
II.	Projet d'article sur les exceptions générales	9
	Commentaires	10
III.	Propositions de mécanismes pour le statu quo, le démantèlement et l'établissement des réserves spécifiques par pays	14

## **I. Projet d'articles sur le traitement national, le régime de la nation la plus favorisée et la transparence**

### **Article A**

#### **TRAITEMENT NATIONAL ET REGIME DE LA NATION LA PLUS FAVORISEE**

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.*
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.*
3. *Chaque partie contractante accorde aux investisseurs d'une autre partie contractante et à leurs investissements celui des traitements exigés en vertu des paragraphes 1 et 2 qui est le plus favorable à ces investisseurs ou investissements.*

### **Article B**

#### **TRANSPARENCE**

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. *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 au paragraphe 1.*
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.]*

## COMMENTAIRES

### Généralités

Il est entendu que les articles A et B 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.

### Article A

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 à l'égard du paragraphe 1 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 paragraphes 1 et 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 contractantes 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 les paragraphes 1 et 2. 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 A2 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 les États-Unis et le Canada 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 A 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 A 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 le paragraphe 3 n'était pas absolument nécessaire, puisqu'il n'ajoute aucune obligation de fond aux paragraphes 1 et 2. Toutefois, le paragraphe 3 souligne qu'au total l'objectif des paragraphes 1 et 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.

## **Article B**

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 au paragraphe 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 du paragraphe 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 le paragraphe 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. Le paragraphe 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, appuyée 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 A paragraphe 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 l'article A paragraphes 1 ou 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 autre 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.

## II. Projet d'article sur les exceptions générales

### Article\*\*

#### 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.*]

## COMMENTAIRES

### 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). Une Délégation 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. Une Délégation, appuyée 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. Une Délégation 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 autre Délégation, appuyée 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). Une Délégation, appuyée 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, une Délégation a proposé d'ajouter, après "Charte des Nations Unies" les termes "ou d'arrangements équivalents autorisés par une organisation internationale compétente". Pour une autre 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 autre 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. Une autre Délégation 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 une autre Délégation, 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.

### **III. Propositions de mécanismes pour le statu quo, le démantèlement et l'établissement des réserves spécifiques par pays**

#### **A. *Observations générales***

1. L'objectif visé pour l'AMI est un accord complet fixant des normes élevées de libéralisation et de protection des investisseurs internationaux et de leurs investissements dans tous les secteurs de l'activité économique. Toutefois, parce que l'AMI comporterait des normes élevées et aurait une large portée, il faudrait peut-être ménager aux parties contractantes la possibilité de formuler des réserves spécifiques pour certains éléments de leurs lois et règlements non conformes aux obligations de l'Accord. La nature et le champ de ces réserves seraient fonction de la portée, qui reste à déterminer, des obligations édictées dans l'AMI. Le Groupe de rédaction a été invité à examiner les mécanismes qui seraient les plus efficaces pour le statu quo, le démantèlement et l'établissement des réserves spécifiques par pays. La présente note rend compte des propositions du Groupe de rédaction à ce sujet. Le Groupe n'a pas toutefois examiné l'application de ces principes aux "sujets spéciaux", notamment la démonopolisation et la privatisation.

2. Ces propositions ne préjugent pas des résultats des négociations concernant la nature et la portée des obligations de l'AMI, le champ des réserves des parties contractantes à ces obligations et l'équilibre global des engagements.

#### **B. *Statu quo et établissement des réserves spécifiques par pays***

3. 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.

4. 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.

5. 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, le paragraphe 5a) à d) entrerait de nouveau en jeu pour les obligations nouvelles ou élargies.

6. 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.

7. 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 ;
- 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.

8. 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.

### **C. *Démantèlement***

9. 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.

10. 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.

11. 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.

12. 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.

13. 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.