



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

DEFINITION DE L'INVESTISSEUR ET DE L'INVESTISSEMENT

On entend par "investisseur" :

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

On entend par "investissement" :

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

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

COMMENTAIRE

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

Investisseur

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

Investissement

7. Le Groupe de rédaction a examiné une définition de l'investissement en procédant de l'idée que l'AMI comporterait une définition large et unique prenant en compte toutes les formes de biens, corporels et incorporels. L'examen d'une telle définition ne préjuge pas de son application aux divers droits et aux diverses obligations de l'AMI.
8. Etant entendu que la question du champ d'application de l'AMI reste à régler, le Groupe de rédaction a formulé les observations suivantes. Il y a consensus en faveur de l'application d'une large définition en ce qui concerne les obligations de l'AMI visant à protéger les investissements existants ;

toutefois, plusieurs délégations se sont inquiétées des modalités d'application de l'obligation de l'AMI ayant trait au traitement national au stade antérieur à l'établissement. Certaines délégations considèrent qu'une application sans conditions de cette obligation à un large éventail de biens pourrait interférer avec la réglementation des marchés de capitaux et d'autres opérations, que l'AMI n'est pas censée couvrir. Une Délégation estime également qu'une application sans conditions créerait une certaine confusion pour ce qui est du contenu précis des obligations au stade antérieur à l'établissement.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Point (i)

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

17. Le terme "entreprise" est défini entre parenthèses dans le projet de texte, mais il pourrait faire l'objet d'une définition distincte. Il est convenu que cette définition couvre notamment les instituts de recherche scientifique et les universités. La plupart des délégations sont en faveur d'une même définition de l'entreprise pour l'investisseur et pour l'investissement. On a également proposé de définir ce qu'il fallait entendre par "entreprise d'une partie contractante".

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

Point (ii)

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

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

Point (iii)

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

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

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

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

Point (iv)

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

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

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

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

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

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

Point (v)

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

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

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

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

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

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

Les délégations estiment que ces questions méritent plus ample examen.

Point (vi)

les droits de propriété intellectuelle ;

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

29. Il faudrait peut-être étudier de plus près les liens entre l'AMI et les autres accords internationaux concernant la propriété intellectuelle, en particulier lorsque ces accords comportent des normes de traitement qui diffèrent de celles de l'AMI ou lorsqu'ils prévoient un mécanisme de règlement des différends.

Point (vii)

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

30. Les droits tels que les concessions, licences et autorisations sont généralement censés couvrir les droits de prospection, de culture, d'extraction ou d'exploitation de ressources naturelles. La plupart des conventions bilatérales, de même que le TCE, visent les droits conférés par la loi ou par un contrat et appliquent le régime de protection à ces droits.

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

Point (viii)

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

32. Cette catégorie couvre notamment les biens immobiliers, forme de propriété qui bénéficie couramment d'une protection dans le cadre des conventions bilatérales en matière d'investissement et dans le cadre du TCE et de l'ALENA. Faut-il couvrir les résidences de vacances ou les résidences secondaires ? Les opinions divergent à ce sujet. L'ALENA exclut les biens immobiliers et les autres biens qui ne sont pas acquis ou utilisés "dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou d'autres objets commerciaux" ; certaines délégations préfèrent cette solution.

-- Autres éléments

33. Certaines délégations considèrent que la définition de l'investissement dans l'AMI devrait couvrir les revenus ou les revenus réinvestis, comme dans le TCE.

34. Les avis sont divergents sont le point de savoir s'il faut préciser que toute modification de la forme d'un investissement n'affecte pas son caractère d'investissement.

35. Une Délégation est d'avis que les modifications d'activité concernant un investissement doivent également être prises en compte.

36. Certaines délégations estiment qu'une liste indicative de biens ne constituant pas un investissement pourrait aider à préciser les limites de la définition et devrait figurer dans l'accord.

37. L'opinion largement partagée selon laquelle l'AMI devrait couvrir tous les investissements réalisés avant ou après la date d'entrée en vigueur de l'accord pourrait être exprimée dans la définition de l'investissement si elle ne donne pas lieu à une autre disposition.