



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

### **Groupe de rédaction No.3 sur la définition, le traitement et la protection des investisseurs et des investissements**

## **RAPPORT AU GROUPE DE NEGOCIATION**

## Rapport au Groupe de négociation

1. Conformément à son mandat, le Groupe de rédaction a essentiellement porté son attention sur la définition de l' "investisseur" et de l' "investissement" et a sensiblement progressé dans le règlement des problèmes en suspens.
2. Le Groupe de rédaction, tenant compte de l'avis du Groupe d'experts n°5 sur les questions relatives aux services financiers :
  - a. a clarifié la signification de l'expression "personne morale" dans la définition de l' "investisseur" ;
  - b. a clarifié la portée de plusieurs éléments de la liste positive de la définition de l' "investissement" et a également abrégé et simplifié la liste négative ;
  - c. a réglé plusieurs autres questions ayant trait à ces définitions et a simplifié le commentaire du texte.
3. Le Groupe de rédaction a également pris note du fait qu'en ce qui concerne une large définition de l'investissement des problèmes cruciaux se posent pour les transactions transfrontières pouvant avoir une incidence financière. Il recommande donc d'inviter le Groupe d'experts n°5 à finaliser son avis quant à la nécessité éventuelle de dispositions de sauvegarde dans l'AMI, en particulier pour ce qui est de la balance des paiements ; il recommande également que le Groupe prête l'attention qui convient au rôle du Fonds monétaire international. Il faudrait également que le Groupe d'experts n°5 finalise son avis au sujet des éléments à caractère financier de la liste négative.
4. Le Groupe de rédaction soumettra un projet de définition de l'investissement dans l'AMI en tenant pleinement compte de ce nouvel avis.

Président

## GROUPE DE RÉDACTION N°3

### RAPPORT AU GROUPE DE NEGOCIATION

#### A. Définition de l'investisseur et de l'investissement

##### 1. 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<sup>1,2</sup>, entreprise individuelle, co-entreprise, association ou organisation.

##### 2. On entend par "investissement" :

- (a) tout type d'actif détenu ou contrôlé directement [ou indirectement] par un investisseur, notamment<sup>3</sup> :
  - (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 ;

---

<sup>1</sup> Une délégation a proposé de supprimer ce terme à cet alinéa ; elle considère que le terme "personne morale" qui figure à l'alinéa (i) couvre déjà l'entreprise individuelle.

<sup>2</sup> Compte tenu de l'avis du Groupe d'experts n°5 sur les questions financières, le Groupe a considéré qu'il ne fallait pas mentionner les succursales dans la définition de l'investisseur. Deux délégations ont demandé qu'on leur laisse le temps de vérifier que cette suppression ne soulève pas de problèmes pour les secteurs non financiers.

<sup>3</sup> En attendant que soient arrêtés le champ d'application et la teneur de l'accord, une délégation réserve sa position quant à la nature, ouverte ou fermée de la liste.

- (iii) les obligations, titres d'emprunt, emprunts et autres formes d'endettement [d'une entreprise]<sup>4</sup>, et les droits en découlant ;
- (iv) les droits au titre de contrats, notamment les contrats clés en main et les contrats de construction, de gestion, de production ou de partage des recettes ;
- (v) les créances monétaires et droits à prestations<sup>5,6</sup> ;
- (vi) les droits de propriété intellectuelle<sup>7</sup> ;
- (vii) les droits conférés par la loi ou un contrat [notamment des] ou des [en vertu de]<sup>8</sup>, concessions<sup>9</sup>, licences, autorisations<sup>10</sup>, et permis<sup>11</sup> ;
- (viii) tout autre bien corporel ou incorporel, meuble ou immeuble, et tous droits connexes de propriété tels que location, hypothèque, privilège et gage,

[sauf si ces actifs ne présentent pas les caractéristiques d'un investissement].

---

4 Plusieurs délégations ont proposé de conserver les termes "d'une entreprise" afin de bien préciser que la définition couvre les dettes d'une entreprise. Le Groupe a décidé de maintenir le texte entre crochets en attendant que soit clarifiée la question de savoir si les personnes morales doivent être incluses ou exclues. Si le Groupe décide d'inclure les personnes morales, il pourra le faire expressément en ajoutant "et d'une personne morale" après "d'une entreprise", ou il pourra le faire implicitement en supprimant toute référence à l'entreprise. Si le Groupe décide d'exclure les personnes morales, il souhaitera peut-être en tenir compte dans la liste négative. Les problèmes concernant la dette publique seraient également réglés au moyen de la liste négative.

5 Certaines délégations souhaitent vérifier les conséquences de la suppression de "au titre d'un contrat" à la fin de l'alinéa (v).

6 Certaines délégations souhaitent vérifier les conséquences de la suppression, à l'alinéa (v), de "ayant une valeur économique" afin de savoir s'il ne faudrait pas conserver ces termes dans la définition.

7 Plusieurs délégations considèrent que cette disposition pose des problèmes. Une délégation a proposé que les oeuvres littéraires et artistiques ne figurent pas dans la définition de l'investissement.

8 Si l'on conserve les termes "notamment des", une délégation souhaiterait ajouter les deux éléments suivants dans la liste négative :

-- l'octroi d'autorisations, licences et concessions de prospection, d'exploration et de production d'hydrocarbures ;

-- l'octroi de licences, aux pêcheurs et pour les bateaux et matériels de pêche.

9 Une délégation a proposé qu'on définisse le terme "concessions" eu égard aux obligations de fond qui seront convenues.

10 Une délégation réserve sa position en ce qui concerne l'inclusion du terme "autorisations".

11 Deux délégations réservent leur position.

(b) Le terme "investissement" ne comprend pas<sup>12,13</sup>:

[(i) les titres d'emprunt publics;][les titres d'emprunt d'une entreprise d'Etat ou d'une partie contractante et les prêts à celles-ci ;]

[(ii) les actifs financiers;]

[sauf si les transactions [auxquelles se rattachent ces titres d'emprunt ou autres actifs] présentent les caractéristiques d'un investissement, ou]

[sauf si les créances en cause constituent un actif d'une entreprise mentionnée au paragraphe (a)(i), ou]

[sauf si ces actifs sont acquis en vue d'établir des relations économiques durables avec une entreprise, ou]

[(iii) les produits dérivés lorsque l'actif sous-jacent n'est pas considéré comme un investissement],

[(iv) les biens immobiliers ou autres biens, corporels ou incorporels, qui ne sont pas acquis ou utilisés en vue de réaliser un bénéfice économique ou à d'autres fins industrielles ou commerciales]<sup>14</sup>,

[(v) les biens meubles ou immeubles, et les droits y afférents, qui sont acquis pour un usage personnel].

---

<sup>12</sup> Certaines délégations souhaitent que, pour plus ample examen, on conserve l'idée que la liste négative ne s'appliquerait pas en matière d'expropriation et d'indemnisation, de protection contre les troubles et de transferts.

<sup>13</sup> Il faut trouver une formule pour régler la question des liens entre l'AMI et les obligations qui concernent les échanges internationaux de biens et de services. Une délégation a fait référence à cet égard au paragraphe 34 du commentaire des textes consolidés [DAFFE/MAI(96)16/REV1]. Deux délégations préfèrent qu'on conserve dans la liste négative les termes "les créances monétaires résultant uniquement de transactions commerciales, y compris l'octroi d'un crédit pour la vente de biens ou de services".

<sup>14</sup> Une délégation souhaite une plus large exclusion pour les biens immobiliers ; elle propose de remplacer ce texte par "les biens immobiliers ou les droits qui s'y rattachent".

## **B. Commentaire**

### **1. Investisseur**

#### ***Commentaire du (i) :***

Avec l'accord d'une délégation, le paragraphe 1 du commentaire des textes consolidés [DAFFE/MAI(96)16/REV1] qui concerne le terme "nationalité" est supprimé.

#### ***Commentaire du (ii) :***

1. Certaines délégations ont attiré l'attention sur la suggestion formulée par une délégation dans le rapport du Groupe d'experts n°5 [DAFFE/MAI/EG5(96)5], visant à ajouter les termes "dès lors qu'elles ont la capacité juridique d'investir" à la fin de la définition de l'investisseur. La plupart des délégations considèrent que cet ajout n'est pas nécessaire et pourrait être source d'insécurité juridique.

2. Certaines délégations souhaiteraient inclure les "parties contractantes" dans la définition de l'investisseur, au motif que, pour des raisons de logique, la définition devrait englober toutes les entités ayant la capacité d'investir. Elles craignent qu'une partie contractante puisse elle-même effectuer un investissement sans être une personne morale détenue ou contrôlée par des intérêts privés ou publics. La plupart des délégations ont considéré que la notion de personne morale ou la définition des entreprises d'Etat couvrirait les situations dans lesquelles l'Etat se trouve en position d'acteur économique, et elles sont d'avis que l'Etat en tant que tel serait sinon protégé par les moyens diplomatiques dans le cadre du droit international.

3. Une délégation a soulevé la question de savoir si une personne morale organisée selon la loi applicable d'une partie contractante, mais constituée selon la loi d'un autre Etat, serait soumise à la définition de l'investisseur du paragraphe 1.ii). Conformément au Code de commerce de cette délégation, une personne morale, constituée selon la loi d'un Etat étranger en vue de l'exercice d'activités industrielles et commerciales et ayant son siège permanent à l'étranger peut transférer ce siège dans le pays de cette délégation si la loi du pays où le siège se trouve au moment considéré autorise le transfert. Le transfert du siège permanent prend effet à compter de son inscription au registre des sociétés. Une telle entité est considérée comme résidant dans le pays de cette délégation. Toutefois, ses relations juridiques internes, notamment la responsabilité des associés à l'égard des tiers, sont régies par la loi du pays où la personne morale a été initialement constituée. De l'avis de cette délégation, on pourrait, pour régler ce problème, ajouter les termes "autrement établie" après "constituée ou organisée" dans la définition de l'investisseur et de l'investissement. Le Groupe de rédaction estime que le problème soulevé par cette délégation est réglé dans la définition actuelle.

#### ***Commentaire de (i) et (ii) :***

Une délégation propose d'ajouter dans la définition de l'investisseur les termes "qui acquière, détient ou contrôle un investissement dans une autre partie contractante" et certains éléments figurant actuellement dans la définition de l'investissement.

## **2. Investissement**

### ***Commentaire du (iii) :***

Le Groupe a noté qu'il faudrait peut-être examiner de plus près la question des liens entre cette obligation et la législation nationale. Une délégation souhaite exclure les prêts d'une durée inférieure à trois ans, autres que ceux entre filiales d'une entreprise. Mais un grand nombre de délégations ont considéré qu'une telle exclusion serait contraire à l'objectif qui a été fixé, à savoir une large définition. Si un consensus ne se dégage pas à ce sujet, il faudra soumettre ce point au Groupe de négociation.

### ***Commentaire du (iv) :***

Le Groupe a décidé de supprimer le commentaire qui figure aux paragraphes 20 et 30 et de conserver le texte alternatif pour l'alinéa (iv), (v) et (vii) tel qu'il est proposé au paragraphe 31.

### ***Commentaire du (vii) :***

Une délégation souligne que l'octroi d'autorisations, de licences et de concessions dans le secteur pétrolier et dans le secteur de la pêche fait intervenir des mesures qui ont trait à la conservation et à la gestion des ressources naturelles. Dans le secteur pétrolier, il fait intervenir également l'exercice de droits de propriété sur les ressources en hydrocarbures. La conservation et la gestion des ressources biologiques de la zone économique exclusive sont régies par la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer. La gestion des ressources en hydrocarbures est régie, entre autres, par le traité de la Charte de l'énergie et la directive de l'UE relative aux conditions d'octroi et d'utilisation des autorisations de prospection, d'exploration et de production d'hydrocarbures. Cette directive est intégrée dans le traité sur l'Espace économique européen. De l'avis de cette délégation, ces questions ne relèvent pas du mandat de négociation d'un accord multilatéral sur l'investissement (AMI).

### **Autres éléments**

Avec l'accord d'une délégation, le paragraphe 43 du commentaire des textes consolidés qui porte sur les modifications d'activité concernant l'investissement est supprimé.