



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

Groupe d'experts No.5 sur les questions relatives aux services financiers

QUESTIONS RELATIVES A LA DÉFINITION DES INVESTISSEURS

(Note du Secrétariat)

QUESTIONS RELATIVES A LA DÉFINITION DES INVESTISSEURS

(Note du Secrétariat)

A. Introduction

1. Dès le début des négociations, l'objectif fixé pour l'AMI a été une définition unique et large de l'"investissement" devant s'appliquer à toutes les obligations de fond de l'accord. Il a été décidé depuis lors d'adopter une définition fondée sur la notion d'actif, selon une démarche similaire à celle mise en oeuvre dans la plupart des conventions bilatérales en matière d'investissement.

2. A mesure que les discussions progressaient, certains problèmes se sont posés, notamment pour l'application, aux dispositions de l'AMI concernant le traitement national et les transferts, d'une large définition de l'investissement couvrant les investissements de portefeuille et d'autres créances découlant de certaines opérations de change et financières réalisées par des investisseurs non résidents.

3. Six options ont été recensées pour régler ces problèmes :

- 1) faire figurer dans la définition de l'investissement une liste positive de biens constituant un "investissement" aux fins de l'AMI et une liste négative de biens ne constituant pas un "investissement". C'est ce schéma qui a été adopté par le Groupe de rédaction No. 3, avec une liste positive large et une liste négative limitée.
- 2) qualifier les différents éléments de la liste illustrative de biens constituant un investissement (par exemple "les créances ... liées à un investissement", ou "les créances ... ayant une valeur économique") ;
- 3) ajouter une phrase finale dans la liste positive des biens ("sauf si ces actifs ne présentent pas les caractéristiques d'un investissement") ou dans la liste négative (par exemple "sauf si ces actifs sont acquis en vue d'établir des relations économiques durables avec une entreprise") ;
- 4) ajouter une phrase introductive dans la liste négative des biens (en précisant, par exemple, que la liste négative s'applique uniquement aux fins autres que la protection de l'investisseur) ;
- 5) recourir à des réserves spécifiques par pays ;
- 6) recourir à des sauvegardes générales (voir ci-après) pour remédier à toute difficulté.

Ces différentes options ne s'excluent pas (bien qu'il soit évidemment souhaitable d'éviter une trop grande complexité).

4. Dans son rapport au Groupe de négociation, le Groupe de rédaction No. 3 a demandé l'avis du Groupe d'experts No. 5 sur un texte combinant les quatre premières options :

- Ce texte contient une liste "positive" de biens qu'un investisseur peut détenir ou contrôler et qui constituent un investissement au sens de l'AMI. Cette liste, ouverte et illustrative, couvre actuellement une "entreprise" (largement définie), toute forme de participation au capital d'une entreprise, les titres d'emprunt d'une entreprise et une série d'autres biens, y compris incorporels [voir l'annexe de la présente note] ;

- Les biens qu’il est envisagé de faire figurer dans la liste “négative” sont notamment les biens immobiliers et autres biens qui n’ont pas d’objet industriel ou commercial ou qui ont un objet personnel, les créances monétaires résultant uniquement de transactions commerciales, les biens faisant l’objet d’échanges commerciaux, les titres d’emprunt publics ainsi que les créances découlant d’opérations de change, d’opérations financières et de produits dérivés lorsque l’actif sous-jacent n’est pas considéré comme un investissement.

5. Plus précisément, le Groupe d’experts a été invité à mieux définir la nature des opérations que le Groupe de rédaction No. 3 a considérées comme étant susceptibles de figurer dans la liste négative et qui, dans le texte actuellement examiné, sont désignées comme suit : “(iv) les opérations de change”, “(v) les ‘opérations financières’” et “(vi) les produits dérivés lorsque l’actif sous-jacent n’est pas considéré comme un investissement”.

6. A sa réunion d’octobre, le Groupe d’experts No. 5 a demandé au Secrétariat d’analyser les conséquences pratiques des différentes options en étudiant une série d’exemples illustrant l’application de la définition au regard des dispositions de fond de l’accord.

B. Considérations générales

7. Parmi les dispositions de fond de l’AMI, ce sont celles qui concernent le traitement national, les transferts, l’expropriation et l’indemnisation ainsi que la protection contre les troubles qui sont sans doute les plus importantes dans l’optique de la définition de l’investissement.

Traitement national

8. En vertu de l’article de l’AMI relatif au traitement national, “chaque partie contractante accorde aux investisseurs d’une autre partie 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.”

9. Conformément à cet article, les investisseurs étrangers ont le même droit que les investisseurs nationaux en ce qui concerne l’expansion, la gestion, l’exploitation, etc. des entreprises qu’ils contrôlent et qui sont déjà établies dans le pays et fonctionnent selon les lois et réglementations du pays d’accueil. Autrement dit, ces entreprises sous contrôle étranger doivent être autorisées à exécuter toute activité et tout investissement que peuvent exécuter les entreprises sous contrôle national. Il en sera ainsi, quelles que soient les catégories de créances financières qui figureront dans la liste négative. Par exemple, les institutions financières sous contrôle étranger établies dans le pays auront le même droit que les institutions financières sous contrôle national d’effectuer des opérations de change et des opérations financières ainsi que des opérations sur produits dérivés, y compris des opérations transfrontières, autorisées par la réglementation financière nationale applicable.

10. Dans le même temps, en vertu de l’article relatif au traitement national, les investisseurs non résidents ont le même droit que les investisseurs résidents d’établir une entreprise ou d’acquérir d’autres créances constituant un investissement au sens de l’AMI. Par exemple, les investisseurs non résidents auront les mêmes droits que les investisseurs résidents d’effectuer des investissements de portefeuille, d’acquérir des billets de trésorerie nationaux et d’autres instruments d’emprunt à court terme des entreprises disponibles sur le marché national, ou d’ouvrir des comptes de dépôt auprès des banques nationales. Ces opérations donnent lieu à des entrées transfrontières de capitaux.

11. C'est, semble-t-il, essentiellement dans la perspective des investissements transfrontières que certaines délégations ont exprimé leurs craintes face à une définition de l'investissement en vertu de l'AMI qui inclurait les créances découlant d'opérations de change, d'opérations sur produits dérivés et d'autres opérations financières. Les raisons de préoccupation pourraient être qu'un régime de liberté totale pour l'acquisition de ce type de créances par les non-résidents pourrait entraîner des mouvements de capitaux de grande ampleur et instables affectant la conduite de la politique monétaire, la balance des paiements et le taux de change, éventuellement du fait des échéances très courtes et de la forte liquidité potentielle des catégories d'investissements transfrontières en question et de leur sensibilité à l'évolution des taux d'intérêt et des taux de change. *Les délégations favorables à une exclusion des actifs financiers dans la définition de l'investissement souhaitent peut-être commenter les raisons pour lesquelles elles souhaitent cette exclusion et préciser quelles sont les catégories d'actifs qui soulèvent à leur avis des difficultés.*

Transferts

12. En vertu de la disposition de l'AMI concernant les transferts, les investisseurs étrangers ont un droit absolu de transfert international des fonds nécessaires à la réalisation d'un investissement et de rapatriement des revenus de l'investissement et du produit de sa liquidation.

13. Autrement dit, une partie contractante ne pourrait pas, par exemple, invoquer le traitement national pour justifier des restrictions à des transferts de la part d'investisseurs étrangers. Par conséquent, une partie ne pourrait pas décourager les non-résidents d'acquérir certains actifs financiers nationaux et ne pourrait pas non plus mettre fin à une inversion des mouvements de capitaux en question par des restrictions aux transferts si les actifs en cause étaient considérés comme des investissements dans le cadre de l'AMI.

14. En revanche, il faut noter, dans l'optique de la balance des paiements, qu'il ne devrait pas y avoir de problème pour les sorties de capitaux de la part des nationaux résidents, puisque l'AMI n'oblige pas une partie contractante à autoriser ses nationaux à acquérir des instruments financiers émis par des non-résidents, d'autres créances sur des non-résidents ou d'autres actifs étrangers.

Expropriation et indemnisation, protection contre les troubles

15. Bien que les problèmes semblent concerner essentiellement l'acquisition, par des investisseurs non résidents, de créances sur des résidents découlant de certaines opérations de change et de certaines opérations financières, les délégations souhaitent peut-être examiner s'il faut faire échapper les créances découlant de ces opérations aux dispositions de l'AMI en matière d'expropriation et d'indemnisation.

16. A la dernière réunion du Groupe de rédaction No. 3, un exemple a été donné pour illustrer ce problème. Un certain nombre de pays de l'OCDE restreignent l'acquisition, par des étrangers non résidents, de biens immobiliers à des fins résidentielles (notamment les résidences d'été et les résidences secondaires). Plusieurs délégations ont indiqué qu'elles souhaitaient maintenir ces restrictions, mais elles ne voient aucune difficulté majeure à assurer une protection pour les résidences que les étrangers ont pu être autorisés à acquérir.

17. Dans le même ordre d'idées, on pourrait faire valoir que les dispositions de l'AMI en matière d'expropriation, d'indemnisation et de protection contre les troubles devraient rester applicables aux biens qui ont été (légalement) acquis par une société sous contrôle étranger établie dans le pays et opérant selon les lois et réglementations du pays d'accueil.

18. On pourrait obtenir ce résultat grâce à une phrase introductive du type de celle actuellement examinée pour la liste négative. Telle qu'elle est libellée actuellement, cette phrase introductive rendrait applicables les dispositions en matière d'expropriation, d'indemnisation et de protection contre les troubles à tous les actifs de la liste négative de la définition de l'investissement. *Les délégations souhaiteront peut-être examiner si la phrase introductive proposée doit être conservée ou modifiée de façon qu'elle ne s'applique qu'à la protection des biens détenus par des entreprises sous contrôle étranger établies.*

Rôle éventuel de sauvegardes

19. *Les délégations souhaiteront peut-être examiner si des sauvegardes adéquates ne seraient pas suffisantes pour régler les problèmes concernant les investissements de portefeuille et les autres actifs financiers recensés ci-dessus.* Dans l'affirmative, il ne serait pas nécessaire d'exclure ces biens des obligations de l'AMI.

20. Ces sauvegardes pourraient consister en particulier en une clause de dérogation pour difficultés de balance des paiements. Le Groupe de négociation examine actuellement la nécessité d'une clause de ce type, les points de vue étant toutefois divergents en ce qui concerne son opportunité. Mais comme le montrent les discussions précédentes au sein du Groupe de négociation, du Groupe de rédaction N° 3 et du Groupe d'experts N° 5, il existe un lien entre l'étendue du champ de la définition de l'investissement et la nécessité éventuelle d'une clause de sauvegarde pour difficultés de balance des paiements. Le Groupe de négociation reviendra sur cette question.

21. Une autre sauvegarde pouvant être envisagée, en particulier en liaison avec les transferts et les paiements, consisterait en une disposition similaire à celle qui figure dans le Code OCDE de la libération des mouvements de capitaux et qui permet aux pays Membres d'exiger que les opérations de change, y compris les mouvements matériels de moyens de paiement, s'effectuent par l'intermédiaire de banques et d'autres "agents résidents agréés", si le but est d'assurer le respect des lois et réglementations (notamment le contrôle des changes, les dispositions fiscales, etc.). *Les délégations souhaiteront peut-être examiner si une telle disposition pourrait être utile dans le cadre de l'AMI.*

C. Les trois types d'opérations de la liste négative

22. Le Groupe d'experts N° 5 a été invité à mieux définir les éléments figurant dans le texte actuellement examiné, à savoir : "(iv) les opérations de change", "(v) les 'opérations financières'" et "(vi) les produits dérivés lorsque l'actif sous-jacent n'est pas considéré comme un investissement".

"(iv) Les opérations de change"

23. Dans le Code OCDE de la libération des mouvements de capitaux, cette rubrique couvre uniquement les créances découlant de l'achat et de la vente de monnaie nationale ou de monnaies étrangères contre d'autres monnaies étrangères, au comptant ou à terme. Elle ne couvre pas les opérations sur instruments financiers libellés en monnaie étrangère. *Les délégations souhaiteront peut-être confirmer qu'une interprétation similaire doit s'appliquer pour le point (iv).*

24. S'il est proposé de faire figurer cette rubrique dans la liste négative, c'est semble-t-il pour éviter que les non-résidents aient le droit dans le cadre de l'AMI de procéder à des acquisitions transfrontières de devises motivées exclusivement par des anticipations et des arbitrages. *Les délégations souhaiteront peut-être développer les raisons pour lesquelles les opérations figurant au point (iv) devraient être mentionnées dans la liste négative.*

25. Mais un grand nombre d'opérations de change sont nécessaires pour l'exécution de paiements et de transferts liés à la réalisation, à l'exploitation et à la liquidation d'un investissement. Lors de la réunion d'octobre du Groupe d'experts N° 5, on a souligné qu'il fallait au minimum que, si l'AMI s'applique à l'investissement sous-jacent, il s'applique également aux opérations de change s'y rattachant.

26. L'article de l'AMI concernant les transferts prévoit ce droit, sauf si les opérations de change devaient figurer dans la liste négative. Dans cette hypothèse, pour que les opérations de change se rattachant à un investissement tel que défini par l'AMI soient régies par l'accord, *les délégations souhaiteront peut-être examiner s'il ne faudrait pas apporter certaines précisions au moyen d'un texte du type suivant : "les créances découlant d'opérations de change autres que celles se rattachant à un investissement tel que défini [dans la liste positive]"*. On ajouterait les termes "les créances découlant d'", comme l'a proposé une délégation, dans un souci de logique, puisque les listes figurant dans les définitions font référence à des actifs et non à des opérations.

"(vi) Les produits dérivés lorsque l'actif sous-jacent n'est pas considéré comme un investissement"

27. Les produits dérivés sont des instruments ayant leur propre existence indépendamment des actifs sur lesquels ils reposent. Les produits dérivés peuvent être utilisés à des fins de couverture (contre un risque-pays, les fluctuations des cours des actions dans un secteur ou les variations des taux d'intérêt ou des taux de change) ou dans un but de "spéculation". Il n'est pas toujours facile de distinguer entre les opérations "spéculatives" et les opérations de "couverture".

28. Tel qu'il est libellé, le point (vi) excluait de la définition de l'investissement les produits dérivés dont le sous-jacent n'est pas un investissement au sens de l'AMI. La raison de ceci pourrait être que l'utilisation de produits dérivés est souhaitable aux fins de l'AMI dans la mesure où elle facilitera la réalisation d'un investissement au sens de l'AMI (en assurant une protection contre les risques liés à un tel investissement). Mais le libellé actuel du point (vi) excluait la possibilité, par exemple, d'utiliser des contrats reposant sur des bons du Trésor -- ces titres pouvant figurer sur la liste négative -- pour créer des instruments de couverture d'investissements relevant de la liste positive.

29. A supposer que le point (vi) figure dans la liste négative, comme pour le point concernant les opérations de change, il faudrait peut-être viser les "créances" découlant de produits dérivés lorsque l'actif sous-jacent n'est pas considéré comme un investissement tel que défini [dans la liste positive]". *Les délégations souhaiteront peut-être examiner si une définition de ce type est à retenir.*

30. *Les délégations souhaiteront peut-être également préciser que les produits dérivés fondés sur des monnaies étrangères devraient relever de la rubrique relative aux produits dérivés.* Sinon, les non-résidents pourraient être empêchés de se couvrir contre les risques de change liés à l'acquisition transfrontières d'un actif défini comme un investissement dans le cadre de l'AMI, ce qui serait contraire au principe général selon lequel les investisseurs peuvent se couvrir contre les risques liés à un investissement.

"(v) 'Les opérations financières'"

31. Certaines délégations ont proposé de faire figurer cette rubrique dans la liste négative en tant que rubrique résiduelle ayant pour but de prendre en compte les créances découlant de toutes autres opérations financières (en plus des investissements en titres d'emprunt publics, des opérations de change et des produits dérivés) auxquelles les obligations de l'AMI ne s'appliqueraient pas.

32. Les termes "opérations financières" peuvent être très larges. Les créances découlant de ces opérations peuvent prendre la forme d'actions, de titres d'emprunt, de prêts, de dépôts bancaires, etc.

33. Les "opérations financières" peuvent couvrir une série d'opérations réalisées sur les marchés financiers par les non-résidents, à savoir : a) l'achat de valeurs mobilières nationales, sur le territoire du pays où l'entreprise émettrice est située ou à l'étranger ; b) leur revente, à des résidents ou à d'autres non-résidents ; c) la vente de valeurs mobilières étrangères à des résidents, sur le territoire de leur pays ou à l'étranger ; d) l'émission de valeurs mobilières par des non-résidents sur les marchés primaires nationaux et leur introduction sur des marchés secondaires nationaux agréés. Mais, alors que les opérations relevant des points a) et b) seraient couvertes par l'AMI, les opérations relevant des points c) et d) sont des sorties de capitaux qui ne sont pas couvertes par l'AMI (voir la section B sur les transferts).

34. L'AMI n'obligerait pas une partie contractante à autoriser ses résidents à émettre des valeurs mobilières à l'étranger, car l'application du traitement national n'a pas de signification dans ce contexte. *Les délégations souhaiteront peut-être confirmer cette interprétation.*

35. Telle qu'elle est libellée actuellement, la liste positive couvre dans une large mesure ce qu'on peut qualifier d'"opérations financières", puisque l'acquisition d'actions d'une entreprise serait un "investissement" quel que soit le montant en cause. Il en sera de même de l'acquisition de titres d'emprunt d'une entreprise, quelle que soit leur échéance. La liste positive comprend également les "créances monétaires" qui, à en juger par le commentaire du Groupe de rédaction N° 3, pourraient couvrir les produits dérivés et les dépôts bancaires.

36. En fonction de l'objectif poursuivi, plusieurs critères pourraient être envisagés pour établir une distinction entre les opérations "financières" à inclure dans la liste positive et celles à inclure dans la liste négative. Ces critères pourraient être les suivants :

- En ce qui concerne les titres d'emprunt et les prêts, leur échéance. Si l'on prend en compte pour les titres d'emprunt l'échéance initiale, cela ne sera peut-être pas suffisant pour remédier à l'instabilité des mouvements de capitaux, puisque, en fonction de la liquidité du marché, les titres d'emprunt peuvent être revendus à bref délai. En revanche, des restrictions concernant l'échéance résiduelle pourraient avoir des effets perturbateurs sur le fonctionnement du marché ;
- Un montant minimum de participation en capital de la part de l'investisseur ;
- La liquidité des instruments en cause, bien qu'il soit difficile de mesurer précisément la liquidité d'un instrument ;
- Le motif de l'investissement. Par exemple, l'acquisition de titres de placement collectif commercialisés par les institutions financières spécialisées dans les services de placement collectif pourrait être motivée par un souci de diversification du portefeuille et non par le souci d'exercer une influence sur la gestion d'une entreprise. Dans d'autres cas, il pourrait être plus difficile de déterminer le motif d'un investissement. Par exemple, il pourra être impossible de déterminer si un compte de dépôt rémunéré est ouvert par un non-résident uniquement pour avoir accès au marché monétaire national ou pour effectuer un investissement direct dans le pays concerné.

Les délégations souhaiteront peut-être examiner si ces distinctions sont réalisables et souhaitables et, dans l'affirmative, à quels éléments (actions, titres d'emprunt, prêts, dépôts bancaires, etc.) elles devraient s'appliquer.

Notes

- ¹ On distingue généralement les produits dérivés fondés sur des instruments à terme et les produits dérivés fondés sur les options. Les produits dérivés fondés sur les instruments à terme sont des contrats en vertu desquels une partie est tenue d'acheter [de vendre] et la contrepartie est tenue d'acheter [de vendre] un certain montant d'un actif sous-jacent pour un prix prédéterminé, et ce à une date future. Lorsqu'il s'agit d'un produit dérivé fondé sur une option, l'acheteur a le droit, mais non l'obligation d'acheter ou de vendre un certain montant d'un actif sous-jacent à un prix précisé, et ce à une date précisée ou avant cette date. Le sous-jacent d'un produit dérivé peut être un produit de base, des actions, des obligations, des devises, des indices boursiers, des taux d'intérêt, des écarts de prix entre deux instruments financiers, etc.
- ² En revanche, l'établissement d'institutions spécialisées de placement collectif, ou la participation au capital de ces institutions, constituent manifestement un investissement en vertu des points (i) et (ii) de la liste positive.

Annexe

A. EXTRAIT DU DOCUMENT/MAI/DG3(96)1

4. DEFINITION DE L'INVESTISSEMENT

("liste positive/liste négative")

I. Question

Conformément au mandat du Groupe de négociation, procéder à des adjonctions sélectives à la liste positive et envisager une liste négative.

II. Texte

(a) On entend par "investissement" : Tout type d'actif détenu ou contrôlé directement [ou indirectement] par un investisseur notamment¹ :

- (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] [et les droits en découlant] ;
- (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] ou [tous droits conférés par la loi ou un contrat ou en vertu d'une concession, d'une licence ou d'une autorisation en vue de l'exercice d'une activité économique] ;
- (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.]

¹ En attendant que soit 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.

[(b) Excepté aux fins des dispositions concernant l'expropriation et l'indemnisation ainsi que la protection contre les troubles [et les transferts], le terme "investissement" ne couvre pas [notamment]² :

[(i) les créances monétaires résultant uniquement de transactions commerciales [, y compris l'octroi d'un crédit,] pour la vente de biens ou de services ;

[(ii) les biens faisant l'objet d'échanges commerciaux ;]

[(iii) les titres d'emprunt publics ;] [les titres d'emprunt et prêts d'une entreprise d'Etat ou d'une partie contractante ;]

[(iv) les opérations de change ;]

[(v) les "*opérations financières*";

[sauf si les transactions [auxquelles se rattachent ces [créances, biens, titres d'emprunt, ou ...] présentent les caractéristiques d'un investissement ; ou]

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

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

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

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

III. Commentaire 1. Il y a accord sur la structure de l'article, c'est-à-dire qu'il y aurait une

large liste positive et une liste négative limitée.

2. Il y a également accord sur les catégories à inclure dans la liste négative, c'est-à-dire les opérations liées à des échanges commerciaux (i) et (ii), les titres d'emprunt publics (iii), les opérations de change (iv) et les produits dérivés (vi), les biens immobiliers à usage personnel ou à usage non industriel ou commercial (vii). Pour ces éléments, il faudra affiner la rédaction.

3. Pour les opérations financières (points iv), v) et vi)), il est demandé avis au Groupe d'experts N° 5 afin de mieux définir la nature des opérations à exclure.

² Une délégation a proposé de faire figurer une formulation générique au début de la liste négative.

B. EXTRAIT DE LA SECTION B "COMMENTAIRES CONSOLIDÉS" DU DOCUMENT DAF/FE/MAI(96)16/REV1

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 censé 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.[...]

10. 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.[...]

11. 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.

12. Le Groupe de rédaction n°3 s'est mis d'accord sur la structure de l'article concernant la définition de l'investissement ; l'article comporterait une large liste positive et une liste négative limitée. Un accord s'est en outre dégagé sur les catégories à inclure dans la liste négative. Les transactions de nature commerciale (i) et (ii), les titres d'emprunt public (iii), les opérations de change (iv) et les produits dérivés (vi), les biens immobiliers à usage personnel ou à usage autre qu'industriel ou commercial (vii). Il faudra affiner le libellé pour ces catégories.

13. En ce qui concerne les opérations financières (points iv), v) et vi)), il est demandé avis au Groupe d'experts n°5, afin de mieux définir la nature des opérations à exclure.

14. 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.

15. 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. Le Groupe a examiné quatre cas :

- (a) **un investissement réalisé par un investisseur établi dans une autre partie à l'AMI, mais détenu ou contrôlé par un investisseur d'un pays non partie à l'AMI**

(Exemple : un investissement réalisé en Autriche par une filiale belge d'une société mère d'un pays non partie à l'AMI) ;

- (b) **un investissement réalisé par un investisseur établi dans un pays non partie à l'AMI, mais détenu ou contrôlé par un investisseur d'une partie à l'AMI.**

(Exemple : un investissement réalisé au Canada par une filiale, non établie dans une partie à l'AMI, d'une société mère danoise) ;

- (c) **un investissement, réalisé par un investisseur établi dans une autre partie à l'AMI, mais détenu ou contrôlé par un investisseur d'une troisième partie à l'AMI.**

(Exemple : un investissement réalisé en France par une filiale allemande à une société mère hongroise) ;

- (d) **un investissement réalisé sur le territoire d'une partie à l'AMI par un investisseur régi sur le territoire de cette partie par l'AMI.**

(Exemple : un investissement réalisé en Italie par une filiale italienne d'une société mère japonaise).

16. Un large accord s'est dégagé sur le fait que le cas (a) devait être régi par l'AMI. La plupart des délégations se sont montrées en faveur de la possibilité de certaines exclusions par le biais d'une clause de refus des avantages, qui autoriserait l'exclusion mais ne l'imposerait pas. Certaines délégations craignent qu'on puisse abuser d'une telle disposition. Il a été proposé de subordonner l'exclusion à l'absence d'activités industrielles ou commerciales substantielles exercées par l'investisseur de la partie à l'AMI sur le territoire de cette partie. Une délégation a suggéré de limiter ces cas à ceux où l'investisseur "n'a été constitué que dans le but d'obtenir certains avantages découlant de l'AMI" (libellé exact à finaliser).

17. Un large soutien s'est manifesté pour la prise en compte du cas (b) ; mais on a considéré qu'il s'agissait d'une question de fond que le Groupe de négociation devrait examiner.

18. Dans ce contexte se pose la question de la qualité pour agir au titre du mécanisme des différends de l'AMI, pour laquelle le Groupe de négociation pourrait donner des orientations au Groupe d'experts N° 1. En ce qui concerne la procédure de règlement des différends entre l'investisseur et l'Etat, plusieurs délégations estiment que seule la société mère d'une partie à l'AMI devrait avoir qualité pour agir, mais certaines délégations peuvent accepter que l'entité intermédiaire ait également qualité pour agir. En ce qui concerne la procédure de règlement des différends entre Etats, toutes les délégations sont d'avis qu'en principe les autorités du pays non partie à l'AMI dont relève l'intermédiaire ne devraient pas avoir qualité pour agir.

19. Il y a consensus sur le fait que les cas (c) et (d) seraient régis par l'AMI. Les conséquences juridiques n'ont pas été examinées plus avant.

20. Dans tous ces cas se pose la question de savoir quelles sont les entités et quels sont les Etats qui doivent avoir qualité pour agir au titre du mécanisme de règlement des différends de l'AMI, cette question devant être examinée par le Groupe d'experts n°1. Il s'agit de savoir à quel(s) niveau(x) les investisseurs doivent pouvoir avoir accès à ce mécanisme en cas de différend entre l'investisseur et l'Etat et quel est l'Etat partie à l'AMI, ou quels sont les Etats parties à l'AMI, qui doivent pouvoir avoir accès à ce mécanisme en cas de différend entre Etats.

21. Une délégation considère que la prise en compte des investissements contrôlés indirectement pourrait poser de sérieux problèmes aux Etats membres d'une OIER eu égard à leur niveau actuel de libéralisation, car normalement celui-ci vaut également pour les sociétés établies dans cette 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.

22. La plupart des délégations considèrent que la définition de l'investissement devrait être ouverte et donc que le terme "notamment" devrait figurer dans le chapeau [...].

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) ;

23. 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".

24. 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 ;

25. 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 ;

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

27. 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.

28. 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 Etat 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] ;

29. 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.

30. Plusieurs délégations ont également proposé d'ajouter une référence aux franchises, aux licences et aux contrats "CET".

31. 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] ;

32. 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.

33. 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).

34. 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) de 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) de 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 ;

35. 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 bénéfice économique ou à d'autres fins industrielles ou commerciales.

36. 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 ;] ou **[tous droits conférés par la loi ou un contrat ou en vertu d'une concession, d'une licence ou d'une autorisation en vue de l'exercice d'une activité économique]**

37. 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. Une délégation considère que ce point couvre les contrats de droit public.

38. La plupart des délégations préfèrent conserver les concessions dans les définitions et prévoir des réserves pour les pays souhaitant accorder un régime discriminatoire pour l'octroi d'une concession. Certaines délégations estiment que la question de l'octroi de concessions ne doit pas être traitée dans la définition de l'investissement.

39. Plusieurs délégations ont fait savoir que certains aspects des concessions soulevaient des problèmes concernant les monopoles en général et les marchés publics transfrontaliers ; des dispositions spéciales ou des clarifications pourraient être nécessaires à cet égard dans l'AMI.

40. Il faudra approfondir cette question en gardant à l'esprit que pour certaines délégations il faut déterminer si les droits conférés par des concessions, ou la concession elle-même, constituent des éléments spécifiques pour la définition de l'investissement.

Point (viii)

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

41. 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

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

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

[...]