



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

DEFINITION DE L'INVESTISSEMENT ET DE L'INVESTISSEUR

(Note du Président)

DEFINITION DE L'INVESTISSEMENT ET DE L'INVESTISSEUR

(Note du Président)

La plupart des accords bilatéraux et internationaux récents sur l'investissement contiennent des dispositions qui définissent les termes d'"investissement" et d'"investisseur" dans l'optique de l'accord en question. On peut utiliser ces termes pour désigner la phase avant établissement ou la phase après établissement de l'investissement, ou les deux. La portée de l'accord est déterminée par la relation entre ces définitions et les obligations spécifiques découlant de l'accord, c'est-à-dire leur application effective.

Définition de l'investissement

On constate plusieurs approches de la définition du terme d'"investissement" dans les conventions bilatérales relatives à la protection de l'investissement et dans les accords multilatéraux sur l'investissement (voir DAF/MAI/RD(95)3). Deux principales approches se dégagent, l'une qui consiste à définir l'investissement "en fonction de l'entreprise", ce qui s'apparente au concept traditionnel de l'investissement direct et exclut l'investissement de portefeuille et l'investissement immobilier, et l'autre qui définit l'investissement "en fonction des actifs", et que l'on rencontre dans de nombreux traités bilatéraux sur la protection de l'investissement et qui inclut l'investissement de portefeuille et les actifs immatériels tels que la propriété intellectuelle.

Les récents traités sur l'investissement utilisent une approche hybride. Le Traité relatif à la Charte de l'énergie, par exemple, prévoit une liste d'actifs pour illustrer le terme d'"investissement" qui, dans le cadre du traité se réfère à tout investissement associé à une activité économique dans le secteur de l'énergie. L'Accord de libre échange nord-américain (ALENA) établit une liaison entre les actifs énoncés dans la définition de l'investissement et des activités spécifiques d'une entreprise. Dans les deux cas, la liste des actifs dépasse le cadre des actions, des obligations, et de la propriété réelle et inclut la survaleur, la propriété intellectuelle, les contrats associés à un investissement, etc. Le Traité relatif à la Charte de l'énergie ne s'applique pas à l'heure actuelle à la phase avant établissement de l'investissement, mais l'ALENA couvre les deux phases avant et après établissement.

Les délégués sont invités à se demander laquelle de ces deux approches serait éventuellement la plus capable de garantir que l'AMI fixe des normes élevées concernant le traitement et la protection de l'investissement et une norme élevée en matière de libéralisation, applicable aux deux phases, avant et après établissement, de l'investissement.

Si l'on adopte une définition "au sens large" de l'investissement, les avantages de l'AMI en ce qui concerne le traitement national, la non-discrimination et la protection de l'investissement s'appliqueraient à toutes les formes "d'investissement" couvertes par la définition. La portée de l'AMI, aussi bien dans le domaine de la libéralisation que de la protection, irait donc au-delà de l'investissement direct tel qu'il est défini dans les instruments actuels de l'OCDE. Toutefois, la couverture effective de l'AMI dépendra de la façon dont la définition retenue s'applique aux obligations opérationnelles telles que le traitement national pré et post-établissement.

Que pensent les négociateurs d'une définition de l'investissement (telle que celle de l'ALENA) couvrant les deux phases, avant et après établissement, mais dont l'application pourrait être limitée de par la manière dont les obligations elles-mêmes seraient définies, ou par tout autre moyen jugé adéquat?

Définition de l'investisseur

Il y a deux aspects à la définition du terme d'"investisseur". L'un se réfère à l'étendue du champ d'application couvert par le terme "investissement". L'autre se réfère à qui est habilité, aux termes de l'accord à invoquer les dispositions relatives aux règlements des conflits contenus dans l'accord.

Le premier aspect, le champ d'application, détermine si les avantages de l'AMI seront réservés aux ressortissants et aux entreprises des parties contractantes, ou si des ressortissants et des entreprises de pays tiers pourront également en bénéficier. L'AMI pourrait couvrir par exemple des investissements effectués par les ressortissants ou les entreprises d'une des parties contractantes (c'est-à-dire sur leur territoire), ou bien il pourrait également couvrir les investissements effectués par des ressortissants ou des entreprises situés dans un pays tiers à condition que les entreprises soient détenues ou contrôlées par des ressortissants ou des entreprises de l'une des parties contractantes.

On peut trouver ces deux options dans les conventions bilatérales relatives à la protection de l'investissement ainsi que dans l'ALENA et dans le traité relatif à la Charte de l'énergie.

La façon dont les termes "investisseur", "ressortissant" ou "entreprise" sont définis dans l'accord auront également des implications directes pour le règlement des conflits dans la mesure où ces définitions détermineront qui est habilité à demander la protection garantie par l'accord.

La définition de l'"investisseur" pourrait couvrir les entreprises (privées ou publiques), les personnes physiques (y compris celles qui ont la double nationalité), les entreprises en participation conjointe et autres formes de sociétés commerciales.