



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

MESURES DE SECURITE NATIONALE

(Note du Secrétariat)

Mesures de sécurité nationale

(Note du Secrétariat)

I. Introduction

1. Les conventions internationales ont pour caractéristique commune de reconnaître le droit des nations souveraines de prendre des mesures, nonobstant les obligations qu'elles ont contractées dans le cadre d'une convention donnée, afin de protéger les intérêts essentiels de leur sécurité. Il n'y a pas de définition internationalement reconnue de la notion d'intérêts essentiels de la sécurité et des articles d'exception de caractère général prévoient aussi parfois des mesures destinées à préserver ou maintenir "l'ordre public" et/ou "la paix et la sécurité internationales". La présente note portera avant tout sur l'interprétation plus étroite des "intérêts essentiels de la sécurité" ou des "intérêts de la sécurité nationale" en tant qu'intérêts concernant la défense et la sûreté de l'Etat.

2. Comme l'a demandé le Groupe de négociation (cf. Compte rendu succinct [DAFFE/MAI/M(95)2]), la présente note retrace de façon résumée l'expérience des pays Membres quant à l'application des concepts d'intérêts essentiels de la sécurité dans le cadre des instruments existants et examine la portée des articles relatifs aux exceptions de caractère général ou aux intérêts essentiels de la sécurité dans les récents accords internationaux afin d'en cerner les limites éventuelles. Les extraits pertinents des accords auxquels on fera référence dans cette note sont reproduits dans "Selected Articles from existing investment instruments: national security" [DAFFE/MAI/RD(95)16].

II. Application des concepts d'intérêts essentiels de la sécurité : l'expérience de l'OCDE

3. Les instruments de l'OCDE relatifs à l'investissement reconnaissent expressément le droit d'un Membre de prendre les mesures nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité. Tandis que les dispositions des Codes de libération et de la Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales sont pour l'essentiel les mêmes, les Codes (art. 3) font aussi référence à des mesures de protection de la santé, de la morale et de la sécurité publiques.

4. Ces dispositions sont assez larges, mais elles s'accompagnent de procédures de clarification, de transparence et d'examen par les pairs destinées à prévenir les abus et à parvenir à une plus grande cohérence dans la façon dont les pays Membres appliquent les dispositions des conventions à des mesures particulières. Les Comités CMIT et IME ont consenti des efforts considérables ces toutes dernières années pour améliorer la transparence des mesures des pouvoirs publics ainsi que des pratiques motivées par des intérêts essentiels de sécurité dans les pays Membres. L'Organisation a servi de structure de consultation et d'examen de mesures précises qui ont été portées à son attention. Dans certains cas, le Conseil a publié des recommandations destinées à certains pays dont on a pu craindre que leurs dispositions en matière de sécurité nationale aillent plus loin que le strict nécessaire.

5. Dans le cadre de l'Instrument relatif au traitement national (IRTN), les pays membres doivent notifier l'Organisation des mesures relatives aux intérêts de leur sécurité qui sont déclarées à des fins de transparence. En 1985, le Comité IME a réalisé un examen approfondi du recours à ces mesures de la part des pays Membres dans le cadre du Traitement national. Le Comité a recommandé que les pays Membres qui ont pris des mesures reposant sur les notions d'ordre public ou d'intérêts essentiels de leur sécurité étudient la pratique et l'expérience des pays Membres qui ne sont pas dotés de telles dispositions tout en ayant des préoccupations analogues relatives à l'ordre public et aux intérêts essentiels de leur sécurité.

6. L'Examen 1991 de l'IRTN a accru la clarification des notions d'ordre public et d'intérêts essentiels de la sécurité en affirmant nettement que les mesures prises pour des motifs économiques, culturels ou autres devaient être définies comme telles et ne devaient pas s'abriter sous une interprétation par trop large des notions d'ordre public et d'intérêts essentiels de la sécurité. Le Comité IME a aussi conclu que les pays Membres devaient réduire au strict minimum le nombre de mesures affichées comme étant motivées par des considérations d'ordre public et d'intérêts essentiels de la sécurité. A cette fin, le président du Comité IME a écrit aux délégations en leur indiquant les mesures qui, conformément à l'appréciation du Comité, devaient être enregistrées comme des exceptions. Un certain nombre de pays Membres ont alors reclassé diverses mesures de transparence en tant qu'exceptions.

7. Bien que les mesures relatives à l'ordre public et aux intérêts essentiels de la sécurité ne fassent pas l'objet de réserves au titre des Codes de libération, elles figurent depuis longtemps dans les examens périodiques des pays effectués par le Comité CMIT. Le Comité CMIT a rendu plus restrictive l'interprétation de l'article 3 en prévoyant que ces mesures ne devaient pas être de nature à entraver la libéralisation effective. Ces mesures sont désormais prises en compte dans les examens menés conjointement par les Comités IME et CMIT. La transparence continue d'être assurée par la publication périodique par le CMIT des mesures de contrôle et obstacles affectant les investissements directs de l'étranger dans les pays Membres de l'OCDE, dont la dernière version est parue sous le titre Investissement direct international : Politiques et tendances au cours des années 80 (OCDE, 1992).

8. Le Comité CMIT sert aussi de structure de consultation sur des mesures spécifiques prises par les différents pays. A la suite d'un de ces grands examens, le Comité CMIT a décidé de mener une étude comparative sur l'application concrète par les pays Membres de l'article 3 des Codes, étude qui a été effectuée conjointement avec le Comité IME afin de comprendre les mesures de Traitement national reposant sur la notion de sécurité nationale. (Voir annexe pour une synthèse de l'enquête.)

III. Dispositions essentielles de sécurité dans les conventions internationales sur l'investissement

i) Portée des dispositions

9. Tandis que certaines conventions comportent une clause spécifique relative à la sécurité nationale, d'autres font figurer la sécurité nationale dans les dispositions d'exceptions de caractère général s'appliquant aussi à l'ordre public. Une analyse de ces dispositions dans les récentes conventions d'investissement indique une tendance à une interprétation plus étroite de la notion de sécurité nationale que celle que l'on trouvait traditionnellement dans les conventions antérieures. Les articles traitant des intérêts essentiels de la sécurité, stricto sensu, excluent toute référence aux exceptions relatives à l'ordre public (article 2102 de l'ALENA, article 10 de l'Accord sur la construction navale¹). Ils peuvent aussi lier les intérêts essentiels de la sécurité à des mesures spécifiques prises en temps de guerre, à l'approvisionnement des installations militaires, à la protection contre des informations contraires aux intérêts essentiels de la sécurité d'une Partie contractante, aux engagements en matière de non-prolifération nucléaire, etc. (article 2102 de l'ALENA, article XIV bis du GATS, article 24(a) du Traité sur la Charte de l'énergie (TCE), article 10 de l'Accord sur la construction navale).

¹ L'intitulé complet de cet accord, signé en décembre 1994, mais non entré en vigueur à ce jour, est l'Accord sur les conditions normales de concurrence dans l'industrie de la construction et de la réparation navales marchandes. Pour des raisons de commodité, la présente note évoque "l'Accord sur la construction navale".

10. En outre, le TCE et le GATS traitent les exceptions de caractère général (article XIV du GATS, article 24 (2) du TCE) séparément des intérêts essentiels de la sécurité, ce qui permet de définir des conditions plus strictes à l'application des exceptions de caractère général qu'à celle des exceptions relatives à la sécurité (voir section iii, plus loin).

11. En ce qui concerne la paix et la sécurité internationales, le TCE est le seul traité récent sur l'investissement qui ne fait pas référence à des actions prises dans le cadre de la mise en oeuvre des obligations contractées au titre de la Charte de l'ONU en faveur du maintien de la paix et de la sécurité internationales. On peut se demander si la non-inclusion d'une telle clause pourrait produire des effets négatifs sur les obligations internationales des Membres vis-à-vis de la Charte de l'ONU.

12. La plupart des conventions bilatérales sur l'investissement² ne comportent pas de dispositions sur des mesures prises pour protéger les intérêts essentiels de la sécurité. Dans la mesure où le droit d'établissement ou l'entrée de l'investissement est généralement assujéti aux textes législatifs et aux orientations du pays d'accueil en matière d'investissement, les considérations de sécurité sont vraisemblablement traitées dans ce contexte. Comme le champ d'application de ces conventions est généralement limité à la protection des investissements déjà établis, les pays qui concluent ces conventions ne veulent sans doute pas laisser introduire des exceptions de sécurité nationale à l'égard des engagements figurant le plus couramment dans ces conventions, à savoir les clauses de traitement national ou de la nation la plus favorisée, ou celles sur la compensation, l'expropriation, le transfert de fonds, etc.

13. Les deux exceptions notables à cet égard sont constituées par les modèles allemand et américain de convention bilatérale en matière d'investissement. Le modèle de convention américain (article XIV) comporte une exception de caractère général au titre des mesures de maintien de la paix et de la sécurité internationales et de protection des intérêts essentiels de la sécurité. Il convient de rappeler à cet égard que la pratique américaine dans ce domaine consiste à conclure des conventions comportant également des engagements sur la phase de pré-établissement. Le modèle allemand (protocole additionnel sur l'article 3) stipule que les mesures prises pour la sécurité et l'ordre publics, la santé publique ou la morale publique ne sauraient être considérées comme un "traitement moins favorable" ; mais la portée de cette disposition est limitée par son application au seul article 3 du texte principal de la convention qui traite des engagements NPF/traitement national.

ii) Non-application à certaines obligations

14. Sauf dispositions contraires de l'accord, les exceptions de caractère général ou les dispositions relatives à la sécurité nationale s'appliquent à toutes les obligations et à tous les engagements de fond de la convention. Le seul exemple de traité multilatéral qui n'autorise pas les parties à prendre des mesures de sécurité nationale au regard de certaines obligations est le TCE [article 24(1)] qui exclut l'application d'exceptions aux engagements pris par les parties au titre des articles 12 [Compensation pour pertes], 13 [Expropriation] et 29 [Dispositions provisoires concernant les matières liées au commerce]. De même, la disposition d'exception de caractère général figurant à l'article 24(2)(I) du TCE relative aux mesures

² Cette analyse ne porte que sur les modèles de convention bilatérale sur l'investissement de huit pays Membres (Allemagne, Australie, Canada, Etats-Unis, France, Pays-Bas, Royaume-Uni et Suisse). Les pays Membres sont donc invités à s'exprimer sur leur pratique en matière de conventions bilatérales en ce qui concerne les mesures relatives à la sécurité nationale.

nécessaires pour protéger la vie ou la santé humaine, animale ou botanique ne s'applique pas aux dispositions d'investissement (Partie III) du Traité.

15. Sur la base de l'expérience des traités bilatéraux, il faut se pencher sur la question de savoir s'il convient de couvrir les dispositions de protection de l'investissement après établissement par des clauses de sécurité nationale.

iii) Autres limites

16. Traditionnellement, le droit d'un pays d'invoquer une exception au titre de mesures prises pour faire valoir les intérêts essentiels de sa sécurité n'est assorti d'aucune condition. C'est une commodité d'expression, notamment en ce qui concerne les intérêts essentiels de la sécurité, qui reconnaît qu'une partie peut prendre toutes les initiatives qu'elle juge nécessaires pour protéger ces intérêts. Cette formule laisse une large "marge d'appréciation" à la partie invoquant l'exception et rend difficile une remise en cause par l'autre partie qui s'estime touchée par cette initiative. Les récents accords sur l'investissement ont cependant tenté de limiter les possibilités de recours abusif aux dispositions d'exceptions de caractère général ou des dispositions d'intérêts essentiels de la sécurité. Même si ces limites réduisent généralement la portée de ces dispositions et peuvent parfois réduire la marge d'appréciation, leurs conséquences ne sont pas entièrement claires.

-- Dispositions d'exceptions de caractère général

17. Le TCE [article 24(2)] ainsi que le GATS (article XIV, chapeau) introduisent la condition selon laquelle ces mesures ne sauraient constituer ou être appliquées de façon à induire une discrimination arbitraire ou injustifiable. En outre, ces mesures ne peuvent pas servir de "restrictions déguisées". Le TCE dispose en outre que ces mesures ne sauraient annuler ou compromettre des avantages qu'une ou plusieurs parties pourraient attendre de l'application du traité.

-- Dispositions relatives à la sécurité essentielle

18. La condition du GATS évoquée précédemment ne s'applique pas aux dispositions du GATS en matière de sécurité per se (article XIV bis), de sorte qu'en ce qui concerne la sécurité nationale, ces mesures sont entièrement laissées à l'appréciation des parties.

19. La condition du TCE se retrouve dotée d'une portée beaucoup plus limitée dans les dispositions relatives à la sécurité essentielle et à l'ordre public. Le traité impose en effet uniquement que de telles mesures "ne peuvent constituer une restriction déguisée du transit" [article 24(3)]. L'Accord sur la construction navale introduit aussi une limite à l'article sur les exceptions de sécurité qui dispose que les mesures ou pratiques concernant les intérêts de la sécurité ne sauraient constituer des "actions déguisées en faveur de l'industrie de la construction et de la réparation navales marchandes".

iv) Transparence, consultations et examen par les pairs

20. Contrairement aux instruments de l'OCDE qui ont donné lieu à l'élaboration de procédures approfondies visant à assurer la transparence, les consultations et les examens par les pairs, il ne semble pas que l'on puisse trouver dans aucun des récents accords sur l'investissement, de mécanisme analogue permettant de collecter et d'étudier systématiquement des renseignements portant sur les mesures prises dans le cadre d'exceptions de caractère général ou de dispositions relatives à la sécurité essentielle.

21. Ces accords comportent tous des obligations de transparence destinées à fournir à l'investisseur des renseignements concernant des mesures touchant à une convention particulière. Les clauses de transparence relatives à la notification et à la publication des mesures pertinentes ne font pas spécifiquement référence aux mesures prises au titre d'exceptions de caractère général ou de dispositions relatives à la sécurité essentielle ; en conséquence, ces conditions ne recouvrent aucune de ces dispositions ou exceptions. En outre, les dispositions relatives à la sécurité essentielle excluent tout ce qui dans l'accord pourrait être interprété comme imposant à une Partie l'obligation de fournir des renseignements dont la divulgation serait, selon elle, contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité (article XIV bis du GATS, article 2102 de l'ALENA, article 10(1)(a) de l'Accord sur la construction navale).

v) Règlement des différends

22. La question a été posée au Groupe de négociation de permettre le recours au règlement des différends par une partie qui estime qu'une autre partie a abusé des dispositions de l'article relatif à la sécurité nationale. Même si plusieurs accords récents peuvent introduire une limite à la "marge d'appréciation" caractérisant par ailleurs les dispositions d'exceptions de caractère général (TCE, GATS) ou d'exceptions de sécurité nationale (TCE), on ne sait pas si cela donnerait lieu à une plainte donnant matière à une procédure de règlement de la part de la partie plaignante. Le fait que cette condition figure dans l'article plaiderait en faveur de cette interprétation. Si l'interprétation du texte veut que l'on donne suite à la plainte, il convient de rappeler que le GATS ne prévoit qu'un mécanisme de règlement des différends entre Etats et qu'en ce qui concerne les questions d'investissement, le TCE ne couvre (au moins provisoirement) que les obligations après établissement.

23. L'Accord sur la construction navale apporte plus de clarté dans ce domaine. Aux termes de l'article 10, § 2, une Partie qui est d'avis qu'une autre Partie a abusé de cet article, "peut, sans préjudice de son droit d'engager les autres procédures prévues dans le présent Accord, demander des éclaircissements supplémentaires..." L'autre Partie doit alors "...soumettre les informations dont elle dispose dans les plus brefs délais et le plus complètement possible..." Les "autres procédures" prévues par l'Accord comprennent le mécanisme du Groupe de Parties ou le règlement contraignant des différends pour les subventions incompatibles avec l'Accord.

ANNEXE

1. L'article des Codes de libération de l'OCDE sur l'ordre et la sécurité publics (article 3) permet à un membre de prendre les mesures qu'il estime nécessaires au maintien de l'ordre public ou à la protection de la santé, de la moralité et de la sécurité publiques ; à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité ; ou à l'exécution de ses obligations concernant la paix et la sécurité internationales. L'Instrument relatif au traitement national engage pour sa part les pays Membres à accorder le Traitement national aux autres pays Membres dans le respect de la nécessité pour eux de maintenir l'ordre public, de protéger les intérêts essentiels de leur sécurité et d'exécuter leurs obligations concernant la paix et la sécurité internationales.

2. L'expérience des pays Membres quant à l'application de ces concepts dans le cadre des instruments existants a récemment fait l'objet d'un examen dans la note du Secrétariat "Revue des mesures et des pratiques relatives à l'ordre public et aux intérêts essentiels de la sécurité et de leur impact sur l'investissement direct étranger" [DAFFE/INV/IME(95)31]. Cette étude conjointe des Comités IME et CMIT repose sur les réponses des pays Membres à un questionnaire sur les diverses méthodes utilisées pour assurer le maintien de l'ordre public et la protection des intérêts essentiels de la sécurité. Ces renseignements ont été complétés à l'aide des différents Examens de l'OCDE de l'investissement direct étranger concernant un certain nombre de pays ainsi que par la publication sur le Traitement national des entreprises sous contrôle étranger. L'objet de cet examen consistait à améliorer la transparence des mesures relatives à la sécurité essentielle et à l'ordre public.

3. Diverses mesures directes ont été jugées importantes, notamment :

- (1) Les mécanismes trans-sectoriels de filtrage ayant spécifiquement trait à la sécurité nationale.
- (2) Les obligations de résidence et de nationalité des dirigeants. Lorsque la sécurité nationale est concernée, ces obligations touchent généralement certaines entreprises ou un secteur comme la production de matériel militaire. Les justifications données pour ces mesures invoquent la nécessité de protéger les intérêts essentiels de la sécurité et l'ordre public.
- (3) Des mesures sectorielles dont la portée est très variable.
 - a) autorisation de production et de transit de matériel militaire
 - b) restrictions à l'encontre des participations étrangères dans une série de secteurs, notamment l'énergie nucléaire, les télécommunications, le transport aérien et maritime (cabotage et contrôle étranger), la radio-télévision, les jeux, l'énergie hydraulique, les oléoducs et gazoducs, le pétrole, l'aérospatiale et l'agriculture.
 - c) restrictions à l'encontre de l'achat de biens immobiliers dans des zones sensibles.
- (4) Les mesures touchant aux marchés publics qui restreignent l'accès d'entreprises sous contrôle étranger à des contrats concernant du matériel sensible ou des marchés publics pour la défense nationale ou dans des secteurs réputés sensibles comme les communications.
- (5) Les subventions et aides publiques qui sont réservées aux entreprises nationales.

4. En outre, on a pu identifier un certain nombre de mesures indirectes, qui recouvrent des mécanismes trans-sectoriels de filtrage général et des obligations de résidence ou de nationalité des dirigeants ou du directeur général d'entreprises, des mesures sectorielles n'étant pas spécifiquement liées à la sécurité nationale, de même que l'existence de monopoles publics.

5. Il n'en est pas ressorti de définition claire des secteurs les plus pertinents pour la notion d'intérêts essentiels de la sécurité, certains pays conservant des mesures trans-sectorielles de caractère général, tandis que d'autres adoptaient des mesures plus étroitement sectorielles. On a pu constater que six pays Membres imposaient des restrictions sectorielles qui n'étaient présentes dans aucun autre pays. Dans cinq cas, un secteur n'a été mentionné que par deux pays Membres. Dans nombre de ces secteurs, les autres pays Membres n'imposaient aucune restriction sur quelque base que ce soit.

6. Dans d'autres secteurs en revanche, des pays font état de telles restrictions sur d'autres bases que les intérêts essentiels de la sécurité. La plupart des pays par exemple font figurer le transport aérien et maritime dans les exceptions au traitement national. Trois pays font figurer le transport maritime sous la rubrique "autres mesures déclarées à des fins de transparence". Dans d'autres secteurs comme les télécommunications ou l'énergie nucléaire, les participations étrangères sont limitées par la présence de monopoles publics et privés.