



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

APPLICATION DE L'AMI AUX DIFFERENTS NIVEAUX D'ADMINISTRATION

(Note du Président)

APPLICATION DE L'AMI AUX DIFFERENTS NIVEAUX D'ADMINISTRATION

(Note du Président)

1. L'un des objectifs des négociations de l'AMI est de parvenir à un accord comportant des engagements équilibrés et d'une portée satisfaisante et appliquant notamment ces engagements à toutes les parties à l'AMI et à tous les niveaux d'administration. Les parties à l'AMI seront aussi bien des Etats centralisés que des Etats fédéraux. Il faudra que l'AMI trouve les moyens d'atteindre cet objectif, compte tenu de la répartition constitutionnelle différente des pouvoirs d'un pays à l'autre.
2. C'est probablement au niveau de l'administration centrale que seront prises la plupart des mesures en rapport avec l'AMI. Mais les collectivités territoriales sont parfois compétentes en matière d'investissement direct étranger. Dans les Etats fédéraux, les autorités infranationales (Etats, provinces, cantons, etc.) peuvent être investies de compétences autonomes dans le domaine de l'investissement, par exemple pour l'immobilier, les services bancaires, les assurances et d'autres services financières.
3. En général, c'est l'administration centrale qui est compétente pour la conclusion des traités internationaux, lesquels créent également des obligations pour toutes les subdivisions territoriales. En conséquence, les traités prévoient que toutes les parties assument intégralement le respect de leurs dispositions. Chaque partie est tenue de prendre toutes les mesures "raisonnables" ou "nécessaires" pour assurer ce respect au niveau des Etats, des régions, des provinces ou des collectivités locales. (Voir l'annexe 1 au sujet des dispositions générales en matière de respect des traités).

Disciplines actuelles

4. Les Codes OCDE de libération contiennent des dispositions spéciales pour certains pays à structure fédérale, ces dispositions éliminant dans une large mesure les engagements au niveau provincial ou au niveau des Etats (annexes C (Etats-Unis) et D (Canada) du Code des opérations invisibles courantes ; annexe C (Etats-Unis) et observations générales (Australie et Canada) du Code des mouvements de capitaux). Toutefois, les procédures habituelles de notification et d'examen mises en place par les Codes s'appliquent dans le domaine des investissements directs en provenance de l'étranger et dans le domaine de l'établissement et de la prestation transfrontière pour les services financiers.
5. En vertu de l'Instrument de l'OCDE relatif au traitement national, les pays Membres s'efforcent d'assurer que leurs subdivisions territoriales appliquent le traitement national. Dans le cadre du réexamen de 1991, des obligations élargies de notification et d'examen ont été instaurées pour tous les pays Membres à tous les niveaux d'administration. Toutes les mesures non conformes en vigueur au niveau infranational sont énumérées dans l'annexe de la Décision de 1991 sur le traitement national.
6. Certains accords plus récents (AGCS, ALENA, TCE) illustrent plusieurs techniques de prise en compte des mesures infranationales. En cas de non-conformité d'une mesure prise au niveau infranational, ces accords ouvrent une possibilité de recours au mécanisme de règlement des différends.
7. Dans l'AGCS, qui ne comporte un mécanisme de règlement des différends que pour les différends entre Etats, le mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (article 22, paragraphe 9) prévoit que : "les dispositions des accords visés relatives au règlement des différends pourront être invoquées pour ce qui est des mesures affectant l'observation desdits accords prises par des gouvernements ou administrations régionaux ou locaux sur le territoire d'un Membre. Lorsque l'Organe de règlement des différends aura déterminé qu'une disposition d'un accord visé n'a pas

été observée, le Membre responsable prendra toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour faire en sorte qu'elle le soit. Dans les cas où il n'aura pas été possible d'obtenir que cette disposition soit observée, les dispositions des accords visés et du présent mémorandum d'accord relatives à la compensation et à la suspension de concessions ou d'autres obligations seront d'application".

8. Les parties à l'ALENA, qui sont toutes trois à structure fédérale, sont convenues que c'est l'administration centrale qui sera défenderesse pour tout règlement d'un différend entre un investisseur et un Etat ou d'un différend entre Etats. En cas de différend entre un investisseur et un Etat, il y a possibilité de réparation pécuniaire pour remédier à toute violation des obligations en matière d'investissement et des dispositions connexes concernant les monopoles et les entreprises d'Etat, quel que soit le niveau d'administration, lorsqu'un investisseur a subi un préjudice du fait de cette violation. Pour les différends entre Etats, une indemnisation ou la suspension d'avantages équivalents sont possibles lorsque le différend n'est pas réglé au moyen de la non-application ou de la suppression d'une mesure non conforme. (Voir l'annexe 2 de cette note).

9. Après avoir énoncé la responsabilité de chaque partie contractante pour le respect de ses dispositions, le TCE (article 23, paragraphe 2) prévoit que les dispositions du traité relatives au règlement des différends peuvent être invoquées à l'égard des mesures prises par les administrations publiques ou autorités régionales ou locales lorsque ces mesures affectent le respect du traité par la partie contractante.

10. En vertu du TCE, dans le cadre d'un différend entre un investisseur et un Etat, une sentence arbitrale concernant une mesure prise par une administration ou une autorité infranationales de la partie contractante en litige, doit prévoir que la partie contractante peut verser un dédommagement monétaire à la place de toute autre réparation accordée (article 26, paragraphe 8). Lorsque, dans le cadre de l'arbitrage d'un différend entre Etats, une mesure d'une administration régionale ou locale n'est pas jugée conforme au traité, les parties contractantes énumérées à l'annexe P du TCE (voir l'annexe 3 de cette note) peuvent invoquer les procédures de cette annexe qui prévoient que la conférence de la Charte peut autoriser la partie lésée à suspendre les obligations qui lui incombent en vertu du traité à l'égard de la partie responsable si elle les estime équivalentes à celles refusées par la mesure en question. L'Australie et le Canada sont mentionnés à l'annexe P.

L'AMI

11. Les discussions préparatoires ont permis de recenser plusieurs options pour le traitement des mesures infranationales :

a) Pouvoir législatif général

12. En fonction de la constitution de l'Etat fédéral en question, il se peut que le législateur ait la possibilité d'intervenir dans des domaines qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de l'Etat fédéral. Toutefois, ce pouvoir législatif peut être limité par la constitution et cette technique peut poser des problèmes à certains pays à structure fédérale.

b) Respect volontaire préalable

13. Lorsque l'autorité centrale ne peut légiférer pour assurer le respect au niveau infranational, une autre technique consiste à s'appuyer sur des mécanismes de consultation pour faire en sorte que les autorités infranationales aient les mêmes objectifs que les autorités fédérales et s'engagent à se conformer volontairement aux obligations souscrites par l'Etat fédéral. Grâce à ces consultations, les autorités infranationales sont informées et peuvent pleinement coopérer avec les autorités fédérales pour définir les

positions qui seront prises lors des négociations. Certains pays à structure fédérale ont utilisé cette technique pour l'AGCS et ils l'utilisent également pour les conventions bilatérales de protection des investissements.

c) Recours à un mécanisme de règlement des différends/à des réparations

14. En cas de non-respect par une autorité infranationale, des mécanismes similaires à ceux de l'ALENA ou du TCE pourraient être envisagés dans l'AMI aussi bien pour les différends entre Etats que pour les différends entre l'investisseur et l'Etat.

Questions :

- a) Lorsque, pour des raisons constitutionnelles, un pays Membre ne peut lier ses autorités infranationales au titre de l'AMI, celui-ci doit-il prévoir un mécanisme faisant en sorte que les autorités fédérales assument des obligations équivalentes à celles des autorités des autres pays ?
- b) A cet égard, l'AMI pourrait-il comporter des dispositions similaires à celles de l'ALENA, du TCE et de l'AGCS ?
- c) Les pays à structure fédérale pourraient-ils indiquer s'il existe d'autres mécanismes permettant, dans leur situation particulière, de lier leurs autorités infranationales ou d'assumer des obligations équivalentes pour les mesures infranationales affectant l'investissement étranger ?

Annexe 1

Dispositions générales en matière de respect des traités

ALENA

Article 105 : Etendue des obligations

Les Parties feront en sorte que toutes les mesures nécessaires soient prises pour donner effet aux dispositions du présent accord, y compris leur observation, sauf dispositions contraires du présent accord, par les gouvernements des Etats et des provinces.

AGCS

Article Premier : Portée et définition

3. Aux fins du présent accord :

(a) les "mesures des Membres" s'entendent de mesures prises par :

(i) des gouvernements et administrations centraux, régionaux ou locaux ; et

(ii) des organismes non gouvernementaux lorsqu'ils exercent des pouvoirs délégués par des gouvernements ou administrations centraux, régionaux ou locaux ;

Dans la mise en oeuvre de ces obligations et engagements au titre de l'Accord, chaque Membre prendra toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour que, sur son territoire, les gouvernements et administrations régionaux et locaux et les organismes non gouvernementaux les respectent ;

Traité sur la Charge de l'énergie

ARTICLE 23

Respect des dispositions par les autorités sous-nationales

1. Chaque partie contractante est entièrement responsable, en vertu du présent traité, du respect de toutes les dispositions de celui-ci et prend toutes les mesures raisonnables dont elle dispose pour assurer ce respect par les administrations publiques et les autorités régionales et locales situées dans sa zone.

2. Les dispositions des parties II, IV et V du présent traité relatives au règlement des différends peuvent être invoquées à l'égard des mesures prises par les administrations publiques ou autorités régionales ou locales de la zone d'une partie contractante lorsque ces mesures affectent le respect du présent traité par la partie contractante.

Annexe 2

[Extraits du document DAF/IME/IPG(94)1]

Dans le cadre de l'ALENA, le régime d'arbitrage des différends opposant un investisseur et un Etat, contient les éléments suivants :

-- devant le tribunal chargé de régler un différend opposant un investisseur et un Etat le gouvernement national est la partie défenderesse ; peu importe si c'est le gouvernement national ou une autorité infranationale qui a présumément contrevenu à l'ALENA ;

-- le tribunal peut ordonner au gouvernement national de verser une indemnité ; peu importe si c'est le gouvernement national ou une autorité infranationale qui a contrevenu à l'ALENA ;

-- le tribunal peut ordonner au gouvernement national de restituer des biens à un investisseur, à condition de permettre au gouvernement de verser une indemnité.

De même, l'ALENA contient les éléments suivants pour le règlement des différends entre Etats :

-- le règlement des différends entre Etats peut être invoqué pour ce qui est des mesures, prises à tout niveau d'administration, ayant trait à des différends portant sur l'interprétation ou l'application de l'accord, ou chaque fois qu'une Partie estime qu'une mesure adoptée ou envisagée par une autre Partie est ou sera incompatible avec l'accord ;

-- devant un groupe spécial chargé de régler un différend opposant deux Etats, le gouvernement fédéral est la partie défenderesse ; peu importe si la mesure contestée émane d'une autorité nationale ou infranationale ;

-- lorsqu'un groupe spécial constate une violation, les parties au différend doivent régler leur différend en s'entendant sur la solution du différend, par la non-application ou la levée d'une mesure qui n'est pas conforme à l'accord, ou sur l'octroi d'une compensation par la partie défenderesse. Lorsque le différend n'a pu être réglé de cette manière, l'Etat plaignant peut suspendre des avantages équivalents.

Annexe 3

Traité sur la Charte de l'énergie

ANNEXE P

PROCEDURE SPECIALE SOUS-NATIONALE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

(Conformément à l'article 27, paragraphe 3.i)

PARTIE I

1. Canada
2. Australie

PARTIE II

1. Lorsque, dans sa sentence, un tribunal estime qu'une mesure appliquée par une administration publique ou autorité régionale ou locale d'une partie contractante, ci-après dénommée "partie responsable", n'est pas conforme à une disposition du traité, la partie responsable prend toutes les mesures raisonnables dont elle dispose pour assurer le respect du traité en ce qui concerne cette mesure.
2. Dans les trente jours suivant le jour où la sentence est prononcée, la partie responsable adresse au Secrétariat une notification écrite précisant ses intentions en ce qui concerne le respect du traité concernant cette mesure. Le Secrétariat soumet la notification à la Conférence de la Charte dans les meilleurs délais, mais au plus tard lors de la réunion de la Conférence de la Charte suivant la réception de la notification. S'il est impossible d'assurer immédiatement le respect, la partie responsable dispose d'un délai raisonnable pour y parvenir. Ce délai raisonnable est convenu par les deux parties au différend. S'il n'est pas possible de parvenir à un accord à ce sujet, la partie responsable propose un délai raisonnable qui est approuvé par la Conférence de la Charte.
3. Lorsque la partie responsable omet de respecter la mesure dans le délai raisonnable, elle s'efforce, à la demande de l'autre partie contractante partie au différend, ci-après dénommée "partie lésée", de convenir avec la partie lésée d'une compensation appropriée à titre de règlement mutuellement satisfaisant du différend.
4. Si aucune compensation satisfaisante n'a été convenue dans un délai de vingt jours suivant la demande déposée par la partie lésée, celle-ci peut, avec l'autorisation de la Conférence de la Charte, suspendre les obligations qui lui incombent en vertu du traité à l'égard de la partie responsable si elle les estime équivalentes à celles refusées par la mesure en question, et ce jusqu'à ce que les parties contractantes parviennent à un accord sur un règlement de leur différend ou jusqu'à ce que la mesure en cause ait été rendue conforme au traité.
5. La partie lésée applique les principes et procédures suivants lorsqu'elle s'interroge sur les obligations à suspendre :
 - a) Elle cherche d'abord à suspendre les obligations qui concernent la même partie du traité que celle à l'égard de laquelle le tribunal a découvert une infraction.

b) Si elle estime qu'il n'est pas praticable ou efficace de suspendre des obligations relevant de la même partie du traité, elle peut chercher à suspendre des obligations relevant d'autres parties du traité. Si elle décide de demander l'autorisation de suspendre des obligations en vertu du présent point, elle en indique les motifs dans sa demande d'autorisation adressée à la Conférence de la Charte.

6. A la demande écrite de la partie responsable, adressée à la partie lésée et au président du tribunal qui a rendu la sentence, le tribunal détermine si le niveau des obligations suspendues par la partie lésée est excessif et, dans ce cas, dans quelle mesure il l'est. Si le tribunal ne peut être reconstitué, cette détermination est effectuée par un ou plusieurs arbitres désignés par le secrétaire général. Les déterminations effectuées en vertu du présent paragraphe doivent être terminées dans les soixante jours suivant la demande faite au tribunal ou la désignation effectuée par le secrétaire général. Les obligations ne sont pas suspendues dans l'attente de la détermination, laquelle sera définitive et contraignante.

7. En suspendant ses obligations à l'égard de la partie responsable, la partie lésée s'efforce dans toute la mesure du possible de ne pas affecter de manière négative les droits dont jouissent les autres parties contractantes en vertu du traité.