



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

LISTE DE QUESTIONS A EXAMINER PAR LE GROUPE DE NEGOCIATION

(Note du Président)

LISTE DE QUESTIONS A EXAMINER PAR LE GROUPE DE NEGOCIATION

(Note du Président)

Cette note est établie sur la base des textes et commentaires consolidés des Groupes de rédaction n°1 et 2. Un grand nombre de questions sont mises en lumière dans les commentaires des Groupes de rédaction et d'autres recourent deux rapports ou plus. Vu le laps de temps limité imparti pour les débats, le Président a retenu les questions qui, à son avis, étaient susceptibles d'être fructueusement examinées par le Groupe de négociation, afin d'essayer de dégager une solution ou d'obtenir des directives avant saisine du nouveau Groupe ad hoc sur la définition et le traitement de l'investisseur et de l'investissement (Groupe de rédaction n°3) ou d'un autre groupe de rédaction ou groupe d'experts. Le Président a donné priorité aux questions ayant trait à la définition de l'investisseur et de l'investissement, qui revêtent un très grande importance pour les travaux des groupes.

Pour la commodité des délégués, ces questions sont brièvement exposées, sans vouloir refléter tout l'éventail des opinions exprimées lors des débats approfondis qui ont eu lieu dans le cadre des groupes de rédaction. Il sera fait référence au début de chaque question au paragraphe en cause des commentaires reproduits dans le document DAF/MAI(96)16.

I. DEFINITION DE L'INVESTISSEUR ET DE L'INVESTISSEMENT

1. L'investisseur

Résidents permanents (paragraphe 2, page 11)

Des problèmes se posent en ce qui concerne l'inclusion des résidents permanents dans la définition de l'investisseur. Le problème principal concerne le droit des résidents permanents à agir au titre du mécanisme de règlement des différends de l'AMI.

- Le fait que ce problème ait donné lieu à un texte entre crochets tient peut-être à ce que les délégations n'ont pas eu assez de temps pour parvenir à une solution. Si tel est bien le cas, les délégués estiment-ils qu'il faudrait saisir de cette question le Groupe de rédaction n°3 afin qu'il se prononce sur le libellé proposé ?
- Si des problèmes subsistent quant au droit des résidents permanents à agir au titre du mécanisme de règlement des différends, ne pourrait-on pas en saisir le Groupe d'experts sur le règlement des différends et le champ d'application géographique ?

Succursales (paragraphe 3, page 11)

Selon certaines délégations, un problème d'opportunité pourrait se poser si la définition de l'investisseur couvrait les succursales. La création de sociétés "boîtes aux lettres" n'ayant pas véritablement de liens industriels ou commerciaux avec l'Etat d'accueil pourrait également se produire pour d'autres formes d'investissement, y compris les sociétés et autres personnes morales. L'une des solutions qui a été proposée est de prévoir dans l'AMI une clause générale de "refus des avantages", qui permettrait aux parties d'exclure les entités qui ne réalisent pas de véritables activités ou des activités substantielles.

- Les délégués considèrent-ils que cette question devrait être examinée par le Groupe de rédaction n°3 dans le contexte d'une disposition de refus des avantages ?

2. L'investissement

Champ d'application de la définition (paragraphe 7 à 11, pages 11 à 13)

En ce qui concerne les obligations de l'AMI visant à protéger les investissements existants, un consensus s'est dégagé en faveur de l'application d'une large définition fondée sur la notion de bien. Plusieurs délégations s'interrogent toutefois en ce qui concerne l'application de l'obligation de l'AMI relative au traitement national. Certaines délégations considèrent que l'application, sans autre précision, de l'obligation de traitement national à un large éventail de biens pourrait interférer avec la réglementation des opérations financières transfrontières et avec des opérations qui ne sont pas censées être régies par l'AMI.

- Est-ce que le principal souci des délégations est l'interférence éventuelle avec le contrôle des opérations financières transfrontières ?
- Doit-on viser uniquement dans la définition les biens qui sont acquis ou utilisés à des fins économiques, industrielles ou commerciales ? Ne faudrait-il pas donner des instructions au

Groupe de rédaction n°3 pour qu'il envisage d'autres méthodes permettant de limiter l'application de la définition, compte tenu du fait que l'AMI pourrait comporter une disposition traitant des mesures prudentielles (à examiner par le Groupe de négociation lors de sa réunion de septembre 1996) qui serait susceptible de remédier déjà à certains problèmes ?

Liste de biens ouverte ou fermée ?

Cette question est étroitement liée au champ d'application de la définition de l'investissement. Le terme "notamment" figure entre crochets, bien qu'un grand nombre de délégations aient préféré une liste ouverte.

- Les délégations estiment-elles que la liste doit être ouverte ? Faut-il demander au Groupe de rédaction n°3 de se saisir de cette question en liaison avec celle du champ d'application de la définition de l'investissement ?

Propriété indirecte ou contrôle indirect (paragraphe 13 à 15, page 13)

Il existe deux types de propriété indirecte : i) la réalisation de nouveaux investissements par des sociétés holding dans le pays où elles sont établies et ii) la réalisation d'un investissement par l'intermédiaire d'un pays tiers (non partie à l'AMI).

Les opinions sont divergentes sur le point de savoir si l'AMI doit s'appliquer aux investissements détenus ou contrôlés indirectement par les investisseurs d'une partie. Prendre en compte ces investissements offrirait une protection maximale aux investisseurs, mais pourrait créer des complications sur le plan du règlement des différends.

- La question de "l'opportunité" se pose-t-elle dans ce contexte ?
- Si les investissements indirects sont couverts, la question du droit des sociétés contrôlées à agir au titre du mécanisme du règlement des différends peut-elle être traitée par le Groupe d'experts sur le règlement des différends et le champ d'application géographique ?

II. TRAITEMENT DE L'INVESTISSEUR ET DE L'INVESTISSEMENT

1. Traitement national et régime de la nation la plus favorisée

Dans des circonstances similaires (paragraphe 5, page 19)

Il y a accord sur le fait que le traitement national et le régime de la nation la plus favorisée sont des notions à caractère comparatif. Certaines délégations estiment également que ces notions comportent implicitement le cadre de comparaison lorsqu'il s'agit de déterminer si oui ou non une mesure est discriminatoire à l'encontre des investisseurs étrangers et de leurs investissements et que, par conséquent, l'expression "dans des circonstances similaires" est superflue et peut donner lieu à des abus.

D'autres délégations, estimant que le contexte de comparaison doit être précisé, sont favorables à l'inclusion de l'expression "dans des circonstances similaires".

- La mise au point d'une note interprétative confirmant que le traitement national et le régime de la nation la plus favorisée sont des notions à caractère comparatif pourrait-elle prendre en compte le point de vue de toutes les délégations ? Ne pourrait-on pas charger de rédiger une telle note le Groupe de rédaction n°3, qui aurait également à examiner sa nature (note en bas de page, déclaration interprétative, procès-verbal des négociations de l'AMI ...) ?

2. **Transparence** (paragraphe 3, page 20)

Certains gouvernements peuvent définir une politique de traitement des investisseurs étrangers et de leurs investissements ne se concrétisant pas par des lois, des règlements, des procédures, des décisions administratives et des décisions judiciaires d'application générale. La question est de savoir si l'AMI doit contenir une disposition spécifique imposant que ces politiques soient publiées ou mises à la disposition du public d'une autre manière.

- La deuxième phrase qui figure entre crochets dans le texte proposé paraît superflue puisque les politiques visées doivent nécessairement avoir en définitive une base juridique. Ne peut-on pas supprimer cette phrase ?

III. **PROTECTION DE L'INVESTISSEMENT**

1. **Traitement général**

Mesures déraisonnables/discriminatoires (paragraphe 7, page 22)

En vertu de la disposition concernant le traitement général (article 1.1), les investissements doivent bénéficier d'un traitement loyal et équitable, d'une protection et d'une sécurité complètes et constantes et d'un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'exige le droit international.

En outre, l'article 1.2 prévoit que les parties ne doivent pas porter atteinte à l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance ou l'aliénation d'investissements par des mesures déraisonnables ou discriminatoires **ou** par des mesures déraisonnables **et** discriminatoires.

- Les délégations peuvent-elles accepter les termes "déraisonnables ou discriminatoires" ? Dans la négative, peut-on saisir de cette question le Groupe de rédaction n°3 en le chargeant d'examiner les diverses options, y compris la suppression de l'article 1.2 ?

2. **Expropriation et indemnisation**

Risque de pertes de change (paragraphe 7, page 23)

La question qui se pose est la suivante : une partie contractante procédant à une indemnisation doit-elle assumer la responsabilité des pertes de change subies par l'investisseur en cas de retard de paiement ? Dans l'affirmative, quel régime de responsabilité faut-il retenir ? Une option consiste à laisser l'investisseur assumer expressément toute responsabilité en matière de taux de change. Une autre option serait que la partie contractante procédant à l'indemnisation assume expressément cette responsabilité, de sorte qu'en cas de violation de l'obligation de payer sans

retard, l'investisseur bénéficierait d'une indemnisation au titre des pertes de change, réparation qui s'ajouterait au paiement d'intérêts, même si l'Accord ne comportait aucune disposition expresse à ce sujet. La troisième option serait que la partie contractante procédant à l'indemnisation assume expressément la responsabilité des pertes de change.

- Serait-il suffisant de confirmer que des pertes de change résultant d'une violation de l'AMI seraient un élément de réparation à prendre en compte dans le montant de l'indemnisation à verser ? Si oui, peut-on saisir le Groupe de rédaction n°3 pour régler cette question ?

Monnaie librement utilisable/convertible (paragraphe 7-8, pages 23 à 24, et paragraphe 5, page 25)

Il reste à décider dans quelle monnaie l'indemnisation doit être calculée, payée et transférée.

- Les délégations pourraient-elles envisager la solution suivante : l'indemnisation serait versée dans la monnaie du pays d'origine de l'investisseur ou dans toute autre monnaie acceptée par l'investisseur ?

3. Transferts

Contrôles et formalités (paragraphe 1-3, page 21, paragraphes 9-10, pages 25 à 26 et paragraphes 11-12, pages 32 à 33)

Les délégations sont d'accord que l'AMI ne doit pas empêcher une partie d'appliquer de façon équitable et non discriminatoire des mesures prescrivant des formalités spéciales en liaison avec l'établissement d'investissements, dans le but d'assurer le respect de son droit national. Il faudrait également que l'AMI confère à une partie contractante le droit de protéger les informations confidentielles sur les entreprises.

- Faudrait-il que l'AMI comporte une disposition générale relative aux contrôles et formalités qui prenne également en compte ces préoccupations ? Dans l'affirmative, ne pourrait-on pas demander au Groupe de rédaction n°3 d'élaborer une telle disposition ?

4. Protection des droits de l'investisseur découlant d'autres accords

(paragraphe 1-8, pages 28 à 29)

Trois options se sont dégagées en ce qui concerne les droits découlant d'accords entre les investisseurs et les Etats : i) aucune disposition spéciale ; ii) une disposition procédurale, c'est-à-dire une clause de règlement des différends ; iii) une disposition de fond et de procédure, c'est-à-dire une "clause de respect". Certaines questions connexes se posent également à propos du champ d'application d'une telle disposition.

- L'option ii) constitue-t-elle un compromis acceptable ? Si oui, les délégués accepteraient-ils de saisir de cette question le Groupe d'experts sur le règlement des différends et le champ d'application géographique ?

IV. EXCEPTIONS GENERALES

Non-applicabilité des exceptions générales à l'indemnisation et à la protection contre les troubles
(paragraphe 1-3, page 31)

Il a été proposé que les exceptions générales ne s'appliquent pas à toutes les obligations de l'Accord. La question est de savoir s'il faut accorder à certaines obligations (notamment dans le domaine de l'expropriation, de l'indemnisation et de la protection contre les troubles) un caractère aussi fondamental pour la protection de l'investisseur. Certains problèmes semblent en particulier se poser quant aux conséquences de certaines mesures, notamment le gel d'actifs.

- La plupart des délégations estimant que l'AMI doit offrir à l'investisseur une garantie absolue d'indemnisation en cas d'expropriation, ne peut-on pas supprimer les crochets au paragraphe 1 de cet article ? Dans la négative, ne pourrait-on pas saisir de cette question le Groupe de rédaction n°3, en lui donnant instruction de rechercher une solution permettant de prendre en compte les préoccupations de certaines délégations ?