



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

### **EXCEPTIONS GENERALES**

**(Note du Président)**

## EXCEPTIONS GENERALES

### (Note du Président)

1. La question des exceptions générales a été examinée par le Groupe de négociation en décembre 1995 et le Groupe de rédaction n° 2 a soumis à ce sujet un projet d'article au Groupe de négociation en mars 1996<sup>1</sup>.
2. La question des interactions entre une disposition générale en matière d'exceptions et les obligations de fond de l'AMI a été examinée par le Groupe de négociation en juin 1996. Sur le point de savoir si les exceptions générales doivent l'emporter sur les obligations de l'AMI qui ont trait à l'indemnisation et à la protection contre les troubles (paragraphe 1 du présent projet d'article), le Président du Groupe de négociation a noté que dans leur grande majorité les délégations considéraient que les exceptions générales ne devaient pas s'appliquer à la protection de l'investissement [DAFFE/MAI/M(96)4].
3. Les principales questions en suspens concernent la portée de la disposition, la nature des mesures prises à ce titre et les mécanismes procéduraux adéquats de nature à assurer la transparence, notamment par le biais du Groupe des parties.
4. On s'attachera successivement aux intérêts essentiels en matière de sécurité et à l'ordre public, en invitant le Groupe de négociation à examiner les solutions proposées.

### Intérêts essentiels en matière de sécurité

5. Il n'existe pas de définition des intérêts essentiels en matière de sécurité. Le projet actuel d'article (paragraphe 2 a(i-iii), b, c) se réfère à une série d'éléments qui figurent souvent dans les accords internationaux et qui ont pour objet de permettre de déterminer le type de mesures devant relever de cette catégorie. Les opinions sont divergentes en ce qui concerne le point de savoir si la liste de l'alinéa a) doit être ouverte ou fermée.
6. Traditionnellement, le droit, pour un pays, d'invoquer une exception pour des mesures prises au titre de ses intérêts essentiels en matière de sécurité est discrétionnaire. L'expression "qu'elle juge nécessaire" confère un large degré d'appréciation à la partie qui invoque l'exception. Le commentaire du projet d'article, tel qu'il est rédigé actuellement, montre que certaines délégations proposent d'introduire des sauvegardes pour éviter les abus qui pourraient se produire, en limitant le caractère discrétionnaire des dispositions relatives aux intérêts essentiels en matière de sécurité.
7. Certains accords récents en matière d'investissement ont essayé de limiter les possibilités d'abus en prévoyant que les mesures prises à ce titre ne doivent pas constituer, ou être appliquées d'une manière qui constituerait, une discrimination arbitraire ou injustifiable, ou ne peuvent servir de restrictions déguisées<sup>2</sup>.
8. Il ressort du commentaire du projet d'article que l'introduction d'une clause anti-abus, quelle que soit sa forme, serait considérée comme ayant pour effet de permettre à une partie ayant des raisons de penser qu'une autre partie n'a pas appliqué correctement cet article de contester cette application en ce qu'elle est contraire aux objectifs de l'article.

---

1 On trouvera ci-joint ce projet de texte et ses commentaires, repris du document DAFTE/MAI(97)1.

2 TCE (article 24(2) et (3) et AGCS (article XIV, chapeau).

9. La question de savoir si les mesures prises en vertu d'un article concernant les exceptions générales doivent être soumises aux obligations de transparence de l'accord (avec publication) n'a pas fait l'objet d'un débat approfondi. L'AMI ne comporte actuellement aucune obligation générale de notification de nouvelles mesures ou de modifications de mesures en vigueur susceptibles d'influer sur l'exécution des obligations édictées par l'accord. L'obligation prévue dans le texte actuel figure entre crochets.

*Les délégations préfèrent-elles une disposition concernant les intérêts essentiels en matière de sécurité :*

-- *à caractère restreint et comportant une liste fermée, totalement discrétionnaire et échappant au règlement obligatoire des différends ? Cette disposition ne s'appliquerait pas à l'expropriation et à l'indemnisation ainsi qu'à la protection contre les troubles. Les mesures en question pourraient être soumises aux obligations de transparence et donner lieu à une notification obligatoire.*<sup>3</sup>

*ou*

-- *comportant une liste ouverte, mais faisant l'objet d'une disposition générale anti-abus du type de celle figurant dans le projet d'article (paragraphe 4)<sup>4</sup> ? Les mesures seraient soumises aux obligations de transparence et de notification.*

### **Ordre public**

10. Comme pour les intérêts essentiels en matière de sécurité, il n'existe pas de définition de l'ordre public. Certains pays estiment qu'il faut viser l'ordre public pour permettre aux pays de prendre des mesures exceptionnelles à ce titre. D'autres pays ne sont pas convaincus qu'il soit nécessaire d'établir une discrimination entre les investisseurs étrangers et les investisseurs nationaux pour protéger l'ordre public.

11. A la différence des mesures prises au titre des "intérêts essentiels en matière de sécurité", les mesures prises en vertu de ce paragraphe ne sont pas habituellement considérées comme ayant un caractère discrétionnaire<sup>5</sup>. Les dispositions concernant l'ordre public sont souvent assorties de restrictions, notamment sous la forme du principe de proportionnalité ou d'une limitation des possibilités de faire appel à des mesures fondées sur l'ordre public aux cas où l'un des intérêts fondamentaux de la collectivité est véritablement menacé à un degré suffisamment grave. Par conséquent, une partie qui se jugerait lésée par une application incorrecte de cet article pourrait engager des consultations et/ou une procédure de règlement des différends.

12. Les délégations en faveur d'une exception au titre de l'ordre public sont convenues que l'utilisation de cette exception devait être strictement contrôlée et être soumise à une obligation de notification ainsi qu'aux procédures de consultation et de règlement des différends.

*Les délégations considèrent-elles que l'AMI doit comporter une exception au titre de l'ordre public (sous la forme d'un article ou d'un alinéa spécifiques), dès lors que cette exception est*

---

3 L'AGCS (article XIV bis) comporte une obligation de notification de ces mesures.

4 Une déclaration interprétative pourrait préciser la finalité de cette disposition, à savoir permettre à une partie qui a des raisons de considérer qu'une autre partie n'a pas correctement appliqué cet article de contester cette application en ce qu'elle est contraire aux objectifs de l'article.

5 Le TCE est une exception à cette règle générale (voir article 24(3)).

*assortie de sauvegardes plus strictes que celles applicables pour les intérêts essentiels en matière de sécurité ?*

*Ces conditions pourraient-elles être les suivantes :*

- l'exception au titre de l'ordre public ne s'appliquerait pas aux articles concernant l'expropriation et l'indemnisation ainsi que la protection contre les troubles ;*
- une déclaration interprétative clarifierait la notion d'ordre public <sup>6</sup>;*
- une disposition anti-abus prévoirait que ces mesures ne peuvent être invoquées qu'en cas de menace véritable et suffisamment grave pour l'un des intérêts fondamentaux de la collectivité ;*
- les parties à l'AMI auraient le droit d'engager une procédure de consultation ou de règlement des différends ;*
- des obligations de pleine transparence et de notification s'appliqueraient ?*

---

6 La clarification du CIME en 1991 précise que “les mesures prises pour des raisons économiques, culturelles ou autres, doivent être identifiées comme telles et ne doivent pas être prises sous couvert d’une interprétation excessivement large de l’ordre public ...”.

## Annexe

extrait de DAFPE/MAI(97)1

### ***EXCEPTIONS GENERALES***

- [1. Le présent article ne s'applique pas aux articles -- (sur l'expropriation, l'indemnisation et la protection contre les troubles).]
2. Aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée comme :
- a. empêchant une partie contractante d'entreprendre toute action [qu'elle juge] nécessaire à la protection de ses intérêts essentiels en matière de sécurité [, notamment toute action :]
    - (i) prise en période de guerre ou de conflit armé ou dans toute autre situation d'urgence dans les relations internationales ;
    - (ii) relative à la mise en oeuvre de politiques nationales ou d'accords internationaux concernant la non-prolifération [notamment] des armes nucléaires ou d'autres dispositifs nucléaires explosifs ;
    - [(iii) relative à la production d'armes et de munitions ;]
  - b. obligeant une partie contractante à fournir toute information [dont elle estime que sa divulgation irait à l'encontre de ses intérêts essentiels en matière de sécurité] [dont la divulgation serait contraire à ses intérêts en matière de sécurité] ou à autoriser l'accès à de telles informations ;
  - c. empêchant une partie contractante d'entreprendre toute action en exécution de ses obligations au titre de la Charte des Nations Unies en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales.
- [3. Aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée comme empêchant une partie contractante d'entreprendre toute action nécessaire pour le maintien de l'ordre public.]
- [4. Une partie contractante ne peut invoquer les paragraphes 2 et 3 en vue de se soustraire à ses obligations en vertu du présent accord.]
- [5. Les actions entreprises au titre du présent article seront notifiées au Groupe des parties conformément à l'article-- du présent accord.]
- [6. Si une partie contractante (la "partie requérante") estime que des actions entreprises par une autre partie contractante (l'"autre partie") ne sont pas conformes à [l'article] [paragraphes --], elle peut demander des consultations avec l'autre partie. Celle-ci devra engager dans les moindres délais des consultations avec la partie requérante et lui fournir des informations sur les actions entreprises et les motifs ayant présidé à ces actions.]

## COMMENTAIRE

### *EXCEPTIONS GENERALES*

#### **Paragraphe 1**

1. Il a été proposé que les dispositions relatives aux exceptions générales ne soient pas applicables à toutes les obligations résultant de l'accord. Le traité sur la Charte de l'énergie (article 24(1)) offre un exemple d'accord multilatéral n'autorisant pas que des exceptions générales soient formulées en ce qui concerne les obligations spécifiques relatives à l'indemnisation de pertes ou à l'expropriation. La pratique est différente sur ce point dans les conventions bilatérales. Certaines délégations estiment que l'alinéa 2(c) est nécessaire pour préciser que les actions entreprises en vertu d'une obligation de la Charte des Nations Unies prévaudront en tout état de cause sur l'AMI (voir le paragraphe 9 ci-dessous). Une délégation a soumis une proposition qui aurait le même effet en modifiant l'ordre des paragraphes.

2. La question est de savoir si certaines obligations de l'accord sont jugées si fondamentales pour la protection de l'investisseur, notamment l'indemnisation pour cause d'expropriation, qu'une disposition doit limiter le droit, pour une partie contractante, d'invoquer cet article pour des actions qui ne seraient pas conformes à son obligation d'indemnisation en cas d'expropriation.

3. L'opinion majoritaire est que l'AMI doit prévoir une garantie absolue d'indemnisation de l'investisseur en cas d'expropriation de son investissement. Cette solution a été mise en doute par une délégation ; selon elle, on peut se demander si en temps de guerre un pays pourrait indemniser dans tous les cas un investisseur d'une partie ennemie. Si l'on devait autoriser des exceptions générales prévalant sur les obligations de l'AMI, les délégations pourraient étudier de plus près si cette primauté ne devrait pas être limitée aux intérêts essentiels en matière de sécurité.

4. Une délégation a soulevé le problème de la nécessité d'une application non rétroactive de cette disposition. Les délégations ont mis en avant les règles du droit international coutumier limitant l'application rétroactive des traités. Elles considèrent qu'il s'agit d'une observation valable, mais qui vaut plus généralement pour l'ensemble de l'accord et qui doit être traitée ailleurs.

#### **Paragraphe 2**

-- alinéa a

5. Une délégation, appuyée par d'autres délégations, a demandé qu'on mette entre crochets le membre de phrase "qu'elle juge nécessaire" dans le chapeau, de même que les termes "ou dans toute autre situation d'urgence dans les relations internationales" à la fin du (i). De l'avis de ces délégations, cela permettrait de se prémunir contre d'éventuels abus, en limitant le caractère discrétionnaire de cette disposition et son champ d'application. Une autre délégation considère que, compte tenu d'une décision de la CIJ, cette modification éliminerait le caractère discrétionnaire de cette disposition.

6. Des opinions divergentes se sont exprimées sur le point de savoir s'il faut supprimer les termes "notamment toute action" qui figurent dans le chapeau. Avec cette suppression, la liste serait limitative. Des accords récents comme l'ALENA, le TCE, l'AGCS et l'accord sur la construction navale ne définissent pas les intérêts essentiels en matière de sécurité, mais contiennent des éléments qui clarifient la finalité de la disposition en cause. Une délégation estime qu'avec une liste limitative il faudrait modifier le (ii) (en insérant l'adverbe "notamment" après "non-prolifération") pour prendre en compte les accords internationaux de non-prolifération autres que ceux concernant les armes nucléaires, par exemple les

accords relatifs aux armes chimiques. Une autre délégation, appuyée par plusieurs autres, a proposé un élément supplémentaire (iii).

-- alinéa b

7. Cette disposition se retrouve dans des accords récents (ALENA, TCE, AGCS, accord sur la construction navale). Une délégation, appuyée par d'autres, a demandé que les termes "qu'elle juge" (à remplacer par "serait") soient mis entre crochets afin d'éviter d'éventuels abus en limitant le caractère discrétionnaire de cette disposition. Une autre délégation estime que, compte tenu d'une décision de la CIJ, cette modification éliminerait le caractère discrétionnaire de cette disposition.

8. Plusieurs délégations ont fait observer que cette question s'est également posée dans le cadre des discussions au sujet de la transparence, pour le chapitre concernant le traitement national. Une délégation a souligné qu'à son avis ce paragraphe devait également s'appliquer aux problèmes qui touchent à l'ordre public.

-- alinéa c

9. Des accords comme l'ALENA, l'AGCS et l'accord sur la construction navale comportent une disposition en matière d'exceptions générales qui a trait aux obligations en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales. Cette disposition vise expressément les obligations découlant de la Charte des Nations Unies. Certaines délégations estiment qu'il est inutile de se référer à cette obligation, parce qu'il n'est pas contesté que la Charte des Nations Unies prime sur les autres traités internationaux. Elles n'insistent pas toutefois sur cette suppression si d'autres délégations veulent en faire état expressément. D'autres délégations estiment que cette référence est trop restrictive, parce qu'elle peut ne pas couvrir les actions entreprises en vertu d'accords régionaux de sécurité. Pour régler ce problème, une délégation a proposé d'insérer, après les termes "Charte des Nations Unies" le membre de phrase suivant : "ou de dispositifs équivalents autorisés par une organisation internationale compétente". Une autre délégation considère que le problème n'est pas de savoir si cette disposition est plus ou moins restrictive ; ce qu'il faut, c'est la clarifier. Elle propose à cet effet d'insérer "et conformément à" après "au titre de".

### **Paragraphe 3**

10. Plusieurs délégations estiment qu'il faut viser l'ordre public pour que les pays puissent prendre des mesures exceptionnelles fondées sur ce principe. Une délégation a indiqué dans une contribution écrite [DAFFE/MAI/DG2/RD(96)2] qu'une clause concernant l'ordre public avait pour but d'assurer certains objectifs, notamment l'application non discriminatoire de ses lois et la prévention des troubles à l'ordre public pouvant résulter de certains investissements étrangers. Elle considère que, vu la situation différente des investisseurs étrangers et des investisseurs nationaux en ce qui concerne la protection de l'ordre public, il ne serait pas possible, dans tous les cas, d'accorder un traitement équivalent à ces deux catégories d'investisseurs. Les délégations ont reconnu l'intérêt, pour un Etat, d'assurer l'application de ses lois pénales, de ses mesures antiterroristes et de sa réglementation antiblanchiment, par exemple. Mais toutes les délégations ne sont pas convaincues qu'il soit nécessaire d'établir une discrimination entre les investisseurs étrangers et les investisseurs nationaux pour préserver l'ordre public. Une délégation a fait observer que si l'AMI allait au-delà des obligations de traitement national et prenait en compte la notion d'accès au marché, l'interprétation plus large de l'ordre public serait indispensable.

11. Plusieurs délégations estiment qu'il faudrait prévoir une disposition pour couvrir les cas où certaines obligations d'information ou d'autres formalités peuvent être imposées aux investisseurs étrangers parce qu'ils ne se trouvent pas dans la même situation que les investisseurs nationaux. Cette

question s'est également posée lors des débats sur les dispositions en matière de transferts qui doivent figurer dans le chapitre concernant la protection de l'investissement, l'Etat d'accueil voulant préserver son droit d'exiger certains rapports sans enfreindre le droit absolu de libre transfert énoncé par ailleurs dans l'accord. Pour faire face à ces situations, l'article 1111 de l'ALENA a été mentionné comme modèle possible. On s'est demandé s'il ne s'agissait pas en fait d'une question de "traitement équivalent" s'inscrivant dans le contexte du traitement national.

12. Dans les situations où l'Etat doit s'assurer que tous les investisseurs établis se conforment à ses lois et règlements qui ne sont pas contraires à l'accord, une disposition d'application plus générale pourrait être également nécessaire, comme à l'article 5 du Code des mouvements de capitaux. Le Groupe pourrait envisager une disposition similaire à celle du Code, qui s'appliquerait à l'ensemble de l'accord. Si cette solution était retenue, elle rendrait sans doute superflue une disposition spéciale dans l'article sur les transferts ou dans d'autres articles de l'accord pouvant poser des problèmes similaires.

13. Plusieurs propositions ont été présentées à l'effet de limiter le champ de l'exception concernant l'ordre public. Une délégation a proposé de limiter la notion d'ordre public aux exceptions au principe du traitement national et de rendre applicable le mécanisme de règlement des différends de l'AMI. Mais une autre délégation a fait observer que si l'AMI allait au-delà des obligations du traitement national et prenait en compte la notion d'accès au marché, l'interprétation plus large de l'ordre public resterait nécessaire. Une autre délégation a proposé de faire référence au principe de proportionnalité de la Cour de justice des Communautés européennes et d'exclure les finalités économiques pour restreindre encore le champ d'application de l'ordre public.

14. Les délégations favorables à une exception pour l'ordre public sont convenues qu'il fallait strictement contrôler son utilisation. Ces délégations considèrent que les actions se rattachant à l'ordre public ne doivent pas être totalement discrétionnaires et qu'elles seraient limitées par le paragraphe 4 et par les procédures prévues au paragraphe 6. Une délégation, appuyée par une autre, a souligné que ces limitations devaient s'appliquer de la même manière aux autres exceptions à caractère général et que toutes ces exceptions devaient être traitées de la même manière du point de vue de l'applicabilité du mécanisme de règlement des différends.

#### **Paragraphe 4**

15. Le paragraphe 4 s'appliquerait à toutes les exceptions prévues dans cet article. Il s'agit de préciser que les parties doivent agir de bonne foi lorsqu'elles invoquent cet article et qu'elles ne peuvent pas s'en prévaloir comme prétexte pour ne pas se conformer aux obligations découlant de l'accord. Il existe déjà une obligation de bonne foi en droit international, ce qui fait craindre à une délégation qu'en l'énonçant une nouvelle fois dans l'accord on crée une norme différente. Plusieurs délégations considèrent qu'il pourrait être utile de s'aligner sur le TCE (article 24) et l'AGCS (article XIV), qui prévoient que l'ordre public ou les autres exceptions générales ne doivent pas constituer une restriction déguisée ou ne peuvent être invoqués sans justification adéquate. En vertu de ce paragraphe, une partie ayant des raisons de croire qu'une autre partie n'a pas utilisé correctement cet article pourrait contester cette utilisation au motif qu'elle serait contraire aux objectifs de l'article. Pour se prononcer sur le paragraphe 4, il faudrait attendre, de l'avis de plusieurs délégations, qu'on ait fini d'examiner les paragraphes 2 et 3.

#### **Paragraphe 5**

16. Pour déterminer le libellé de ce paragraphe, il faudrait attendre qu'on ait débattu du rôle d'un "Groupe des parties". L'obligation de notification des mesures vise à faciliter la transparence et à favoriser une application cohérente, par les parties à l'AMI, des dispositions concernant les exceptions générales.

Certaines délégations estiment que la clarification de 1991 du Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales, selon laquelle les mesures prises pour des raisons économiques, culturelles ou autres devraient être identifiées comme telles et ne devraient pas être protégées par une interprétation trop large de l'ordre public et des intérêts essentiels en matière de sécurité, pourrait également aider les parties à appliquer ces dispositions.

## **Paragraphe 6**

17. La plupart des délégations se sont montrées favorables à un mécanisme de consultation/de règlement des différends. Il devrait être clair qu'engager des consultations ne préjugerait pas du droit, pour l'une ou l'autre des parties, d'invoquer les autres procédures de l'accord qui peuvent leur être ouvertes. Il reste à savoir si le paragraphe 4 prévoit une norme objective qui, si elle n'est pas respectée, peut donner lieu à une action.

18. Le paragraphe 6 pourrait être adapté, selon la façon dont les parties souhaitent procéder. Plusieurs options peuvent être envisagées :

a) les actions ayant trait à l'une ou l'autre des dispositions de cet article pourraient faire l'objet de consultations (ceci serait prévu dans l'article ou par renvoi aux procédures de consultation de l'accord) et du mécanisme de règlement des différends de l'accord, dans la mesure où il ne s'agit pas de dispositions entièrement discrétionnaires ;

b) les actions ayant trait à l'une ou l'autre des dispositions de cet article pourraient faire l'objet de consultations (ceci serait prévu dans cet article ou par renvoi aux procédures de consultation de l'accord), sans pouvoir faire l'objet du mécanisme de règlement des différends de l'accord ;

c) les actions ayant trait aux dispositions du paragraphe 3 en matière d'ordre public pourraient faire l'objet de consultations (ceci serait prévu dans cet article ou par renvoi aux procédures de consultation de l'accord) et du mécanisme de règlement des différends de l'accord.

19. Une délégation considère que tout mécanisme de règlement des différends prévu dans l'AMI serait superflu eu égard au caractère discrétionnaire des dispositions concernant les exceptions générales. Cette délégation se demande également s'il faut prévoir dans cet article un mécanisme particulier de consultation distinct du mécanisme général de consultation de l'AMI.

20. Quelles que soient les modalités qui seront convenues pour les exceptions générales, elles devront être envisagées à la lumière des dispositions de l'AMI concernant le rôle du Groupe des parties et le mécanisme de règlement des différends