

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/WGTI/W/108

21 mars 2002

(02-1472)

**Groupe de travail des liens entre
commerce et investissement**

PORTÉE ET DÉFINITION DES TERMES "INVESTISSEMENT" ET "INVESTISSEUR"

Note du Secrétariat

RÉSUMÉ

La portée d'un traité commercial, comme le GATT, l'AGCS ou les accords internationaux d'investissements (AII), est déterminée par la définition de ses termes essentiels, par ses dispositions de fond (règles et disciplines, dispositions évolutives et exceptions) et par les engagements spécifiques pris par les pays Membres. Ces trois éléments ensemble délimitent le champ d'application du traité.

Par conséquent, il faut lire les définitions d'un traité en même temps que ses autres dispositions. En soi, les définitions ne représentent qu'une référence normative qui aide à comprendre et à interpréter les obligations de fond du traité.

Le GATT ne contient pas de définitions en tant que telles. Dans la mesure où l'on a dû interpréter des expressions comme "produit similaire", cette interprétation a été faite au cas par cas, en général par des groupes spéciaux de règlement des différends. En revanche, l'AGCS définit une grande partie des termes et expressions qu'il contient.

Il en va de même pour la plupart des AII, notamment pour les termes clés que sont "investissement" et "investisseur". La portée et la définition de ces termes font l'objet de la présente note du Secrétariat, dans laquelle nous examinerons comment ils ont été définis dans les différents AII et ferons le bilan des débats du Groupe de travail sur cette question.

De façon générale, les AII ont un ou deux grands objectifs: réguler et/ou libéraliser l'accès des investisseurs étrangers à un pays d'accueil, et protéger les investissements après l'établissement.

Dans la présente note, nous verrons que la plupart des AII emploient comme point de départ une définition de l'investissement fondée sur les actifs. Cette définition englobe les investissements étrangers tant directs qu'indirects (c'est-à-dire l'IED et les investissements de portefeuille) et toute la gamme des actifs qui peuvent être associés à un investissement étranger, depuis les usines jusqu'aux concessions et contrats commerciaux, en passant par les actions et les prêts à des entreprises.

Il est particulièrement important d'avoir un champ d'application large pour garantir une forte protection des investissements étrangers après établissement. Malgré cela, le gouvernement du pays d'accueil peut vouloir limiter la protection qu'il offre à certains types d'investissement. Ainsi, dans le Groupe de travail, on a fréquemment évoqué la nécessité pour les pays d'accueil de préserver le droit de réglementer les flux de capitaux spéculatifs en raison des effets déstabilisateurs qu'ils peuvent avoir. Pour régler la question, un des moyens consiste à employer les définitions elles-mêmes. Par exemple, on peut exclure de la définition des "investissements" visés par l'Accord certains actifs, tels

que les mouvements de capitaux sur des échéances à moins de six mois. Toutefois, la plupart des AII limitent leur portée au moyen de dispositions de fond et non des définitions; pour l'exemple que nous avons retenu, ces dispositions pourraient autoriser les gouvernements des pays d'accueil à réglementer l'investissement à des fins de balance des paiements.

La possibilité d'introduire des restrictions plus importantes de la portée d'un AII a été examinée dans le Groupe de travail, particulièrement dans le cas des AII qui visent à libéraliser l'investissement étranger, car ce sont généralement ceux qui posent le plus de problèmes par rapport aux politiques économiques, industrielles et de développement des pays d'accueil. Dans ce contexte, il a été proposé qu'on pourrait limiter la portée de l'accord au seul IED. Pour cela, il suffit de restreindre les catégories d'actifs englobées dans la définition des actifs, mais cela pourrait poser quelques problèmes méthodologiques. Certains AII emploient d'autres méthodes pour définir les investissements visés, notamment la définition fondée sur l'entreprise ou la définition fondée sur les transactions, de façon à traiter différemment l'IED des autres formes d'investissement.

En général, il n'est nécessaire de définir le terme "investisseur" dans un AII que pour l'une ou l'autre des deux raisons suivantes: soit pour limiter la portée à l'IED, auquel cas il importe de définir le sens des termes "contrôle" et "propriété" d'un investissement, soit pour éviter que des investisseurs de pays tiers ne puissent exploiter les dispositions d'un AII, auquel cas il importe de définir le lien avec le pays d'origine de l'investisseur. Comme un nombre croissant de pays sont membres de différents AII, cette considération tend à perdre de sa pertinence.

I. INTRODUCTION

1. Les définitions contenues dans un traité commercial encadrent les obligations de fond et des engagements spécifiques découlant du traité; ensemble, ces trois éléments définissent la portée du traité. Lues en même temps que les autres dispositions du traité, les définitions déterminent quelles sont les transactions commerciales auxquelles le traité s'applique, quelles sont les mesures officielles visées par ses obligations, qui jouit des droits qu'il confère et dans quelle situation ces droits peuvent être exercés. Par conséquent, l'analyse de ces éléments doit être une des premières étapes de la conception ou de l'interprétation d'un traité.

2. La présente note met l'accent sur les définitions employées dans les accords internationaux d'investissement (AII) pour les termes "investissement" et "investisseur", et sur la nature des liens qui existent entre les deux, sous forme de "détention" ou de "contrôle". Elle fait le bilan des débats du Groupe de travail sur ces questions¹, et s'appuie sur d'autres sources d'analyse, en particulier la CNUCED.² D'autres expressions employées dans les AII peuvent être peu familières du point de vue des Accords de l'OMC et le Secrétariat pourra rédiger des notes supplémentaires à leur sujet sur demande du Groupe de travail.

¹ On trouvera le compte rendu des débats du Groupe de travail sur les thèmes de la portée et des définitions dans les rapports suivants: WT/WGTI/M/5, paragraphes 52-62; M/6, paragraphes 85-94; M/7, paragraphes 47-52; M/8, paragraphes 73-81; M/9, paragraphes 74-75; M/12, paragraphes 50 et 56-57; M/14, paragraphe 80; et M/15, paragraphe 51. Les communications des Membres qui évoquent ces questions sont publiées sous les cotes WT/WGTI/W/28, W/29, W/31, W/34, W/42, W/43, W/49, W/51, W/60, W/69, W/71, W/80, W/92, et W/104.

² Voir, en particulier, CNUCED, International Investment Instruments: A Compendium, 5 volumes (1996-2000); CNUCED, Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s (1998); CNUCED, Portée et définition, Collection consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissements (1999).

3. Les débats du Groupe de travail ont été axés sur la définition du terme "investissement". Les grands thèmes abordés sont les suivants:

- l'utilité d'une définition large, fondée sur les actifs, de l'investissement, englobant tous les types d'investissement étranger (investissements directs (IED) et indirects) et toutes les catégories d'actifs, par rapport à d'autres définitions plus étroites, comme celle fondée sur les entreprises, qui concerne principalement l'IED, ou sur les transactions, qui met l'accent sur les mouvements transfrontières de capitaux;
- les différentes façons de formuler une définition de l'investissement fondée sur un large éventail d'actifs pour répondre aux objectifs des Parties à un AII: par exemple, on peut exclure certains actifs de la définition ou traiter différentes catégories d'actifs de façon différente dans les obligations de fond définies par l'AII, ou encore introduire des réserves et limites *ad hoc* dans les listes individuelles des Parties;
- les avantages et les inconvénients de l'inclusion de l'investissement de portefeuille dans la définition de l'investissement et, si cet investissement est inclus, les moyens de différencier et de traiter de façon spécifique les flux de capitaux spéculatifs à court terme qui peuvent nuire à l'économie du pays d'accueil;
- l'emploi de définitions différentes de l'investissement après l'établissement, lorsque l'objectif essentiel est de protéger les actifs investis, et avant l'établissement, lorsque l'objectif essentiel est d'assurer l'accès aux marchés et de libéraliser les investissements transfrontières. De façon générale, la libéralisation des flux d'investissements est un aspect extrêmement délicat de la politique des pays d'accueil, si bien qu'on a tendance à adopter dans ce contexte une définition très prudente du terme "investissement".

II. LES DÉFINITIONS DU TERME "INVESTISSEMENT" ET LES LIMITATIONS DE LA PORTÉE DES ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENTS

4. La définition du terme "investissement" dans un AII a des incidences importantes sur le degré auquel et la manière dont les pays d'accueil doivent respecter les disciplines définies par l'AII dans la réglementation de l'investissement étranger et la réalisation de leurs objectifs économiques et de développement. Elle a aussi des effets sur la valeur que les pays d'origine des investissements attacheront à l'accord, dans la mesure où il apporte des conditions plus transparentes, stables et prévisibles pour les investisseurs étrangers.

5. Différentes approches ont été employées dans les AII pour définir le terme "investissement". La plus courante est la définition fondée sur les actifs, qui généralement englobe tous les types d'investissements étrangers et toutes les formes d'actifs. La définition fondée sur les entreprises est plus étroite et s'emploie généralement en association avec des conditions visant la détention ou le contrôle des actifs, de façon à bien cerner l'IED. La définition fondée sur les transactions met l'accent sur l'investissement en tant que flux transfrontières de capitaux et acquisition d'actifs.

6. Dans le passé, le choix entre ces différentes approches était souvent lié à la nature et aux objectifs de l'AII. Les AII visant à protéger et à garantir les investissements après établissement dans le pays d'accueil emploient généralement une définition large, ce qui leur permet d'offrir une forte protection des investisseurs. Les AII dont l'objectif est de réguler ou de libéraliser l'investissement transfrontières emploient en général une définition plus étroite, articulée soit autour de l'IED soit autour de l'investissement en tant que flux plutôt que stock, en partie dans la perspective d'une politique industrielle et en partie à cause du fait que les pays d'accueil ont des craintes au sujet des effets macro-économiques ou des effets sur la balance des paiements que pourrait avoir l'élimination

des restrictions visant les investissements étrangers de portefeuille et en particulier les flux à court terme.

7. La plupart des AII récents, quel que soit leur objectif principal, se fondent sur une définition large de l'investissement.³ Lorsqu'il faut limiter la portée d'un AII pour tenir compte des objectifs de politique intérieure et de développement du pays d'accueil, on le fait en limitant l'éventail des actifs visés par les définitions ou en appliquant des dispositions de fond différentes aux différentes catégories d'actifs.

A. LA DÉFINITION DE L'INVESTISSEMENT SUR LA BASE DES ACTIFS

8. La majorité des AII en vigueur commencent par une définition large et non limitative de ce qu'englobe le terme "investissement". C'est ce qu'on appelle l'approche fondée sur les actifs, puisqu'elle considère les investissements comme un ensemble de catégories d'actifs. Les actifs concernés sont tant ceux que l'investisseur apporte dans le pays d'accueil que ceux qu'il a acquis sur place. Cette approche est particulièrement fréquente dans les AII qui visent à protéger les investissements après établissement dans le pays d'accueil; cela permet d'offrir aux investisseurs une forte protection par le biais des obligations de fond de l'accord.

1. Le modèle de base

9. En général, le terme "investissement" est défini de façon à englober "toutes les catégories d'actifs". Il n'est pas limité aux actifs financiers ni lié à la notion économique de "capital" au sens d'actifs corporels ou incorporels qui créent des capacités de production. Cette définition large est souvent accompagnée d'une liste non exhaustive des catégories d'actifs visées par l'accord, qui comprend habituellement les actifs suivants: biens corporels et incorporels; participations à des entreprises (investissement direct ou de portefeuille); autres actifs financiers et droits contractuels; droits de propriété intellectuelle; et concessions commerciales.

10. On a élaboré des formules types pour cette définition des investissements fondée sur les actifs, en particulier pour les traités bilatéraux sur les investissements (TBI). En voici un exemple:

*Une définition type de l'investissement fondée sur les actifs*⁴

L'"investissement" est défini comme tout type d'actifs et comprend en particulier, mais pas exclusivement:

- a) les biens meubles et immeubles ainsi que les titres tels que des créances hypothécaires, des sûretés ou des nantissements;*
- b) les actions, obligations et toute autre forme analogue de participation au capital d'une société;*

³ CNUCED, Portée et définition, (1999), page 17.

⁴ Cette formule a servi de base pour les modèles de traités bilatéraux sur les investissements de l'Allemagne, du Chili, de la Chine, de l'Égypte, des États-Unis, de la France, de l'Indonésie, de la Jamaïque, de la Malaisie, des Pays-Bas, du Royaume-Uni, de Sri Lanka et de la Suisse (CNUCED, International Investment Instruments: A Compendium, volume III, pages 115-206, et volume V, pages 293-346), ainsi que de l'Argentine (WT/WGTI/M/8, paragraphe 78), du Costa Rica (WT/WGTI/W/31), du Japon (WT/WGTI/W/92), de la Corée (WT/WGTI/W/49), et de la Turquie (WT/WGTI/W/51), des accords bilatéraux de promotion et de protection de l'investissement de l'Inde (WT/WGTI/W/71), de l'Accord type de protection et de promotion de l'investissement de l'Australie (WT/WGTI/W/80), et de traités régionaux comme l'Accord de l'ANASE pour la promotion et la protection de l'investissement (CNUCED, *Ibid.*, volume II, page 293).

- c) *les droits sur les avoirs monétaires ou sur toute prestation contractuelle ayant une valeur financière;*
- d) *les droits de propriété intellectuelle;*
- e) *les concessions commerciales accordées en vertu d'une loi ou d'un contrat, notamment en vue de la recherche et de l'extraction de ressources naturelles.*

11. Comme cette définition type englobe généralement "tous les actifs", un actif est visé par les dispositions d'un AII même s'il n'entre pas de façon évidente dans une des catégories données dans la liste illustrative (annexe 1).

2. Limitation de la définition fondée sur les actifs

12. Tout en employant cette définition large fondée sur les actifs comme point de départ pour définir quels investissements seront visés par un AII, les Parties peuvent souhaiter limiter la portée de celui-ci d'une façon ou d'une autre. Par exemple, elles peuvent ne pas vouloir que les dispositions s'appliquent de la même façon dans la même mesure à toutes les catégories d'actifs.

13. La manière la plus importante et la plus courante de limiter la portée d'un AII au moyen de ses définitions consiste à exclure certaines catégories d'actifs de sa portée. Cela peut être fait de façon très souple, en excluant des catégories entières ou seulement des sous-catégories d'actifs. Ces restrictions reflètent les préoccupations des pays d'accueil au sujet de l'application des dispositions de fond d'un AII aux mouvements transfrontières de certains investissements ou à leur protection juridique ultérieure. À cet égard, la pratique est très variable selon les accords. Certains d'entre eux, qui visent à encourager l'engagement de ressources à long terme dans le pays d'accueil, ne s'appliquent qu'aux mouvements de capitaux d'une durée minimum (par exemple trois ans ou plus), les autres étant exclus de la définition de l'investissement. Le chapitre de l'ALENA relatif à l'investissement n'inclut pas les droits de propriété intellectuelle dans la définition de l'investissement, car ceux-ci font l'objet d'autres dispositions, et il exclut expressément diverses créances, notamment celles liées au financement du commerce (annexe 2). L'Accord de libre-échange conclu entre le Costa Rica et le Mexique illustre la façon dont la définition de l'investissement peut répondre aux préoccupations concernant la volatilité et les effets déstabilisateurs des flux de capitaux à court terme; cette définition précise que l'Accord ne s'applique pas aux mouvements de capitaux qui ne sont que des transactions purement financières ou spéculatives, aux contrats commerciaux de vente de biens ou de services, aux crédits accordés à un État ou aux prêts qui ne sont pas directement liés à un investissement.⁵

14. De cette façon, on peut en principe employer la définition fondée sur les actifs comme point de départ pour définir les investissements visés par un AII qui a pour objectif essentiel de promouvoir l'IED. Les actifs qui ne sont pas considérés comme directement associés à l'IED peuvent être exclus de la définition. Par exemple, on pourrait en principe cerner assez précisément l'IED en excluant de la définition type des investissements fondée sur les actifs tous les éléments de la liste sauf l'alinéa b): *les actions, obligations et toute autre forme analogue de participation au capital d'une société*. Toutefois, dans la pratique, la frontière n'est pas facile à tracer. Premièrement, la définition fondée sur les actifs ne tient pas compte de l'aspect détention ou contrôle. Deuxièmement, les investissements étrangers directs dans un pays d'accueil s'appuient fréquemment sur des actifs qui correspondent à d'autres éléments de la définition type, par exemple certains types de flux de capitaux internationaux, y compris des capitaux à court terme, souvent échangés entre une société mère et sa filiale.

⁵ Voir WT/WGTI/W/60, communication du Costa Rica.

15. En conséquence, et surtout dans le cas des AII qui emploient une définition de l'investissement fondée sur les actifs, on peut chercher à faire la différence entre l'IED et les autres formes d'investissement étranger dans la manière dont les différentes catégories d'actifs sont traitées dans les dispositions de fond (voir paragraphe 23 ci-dessous).

16. On peut limiter la portée d'un AII en précisant les définitions, c'est-à-dire en indiquant quelles caractéristiques un actif doit présenter pour pouvoir être considéré comme un investissement. En général, l'objectif est de traduire l'idée qu'un investissement implique un engagement de ressources qui sont exposées à un certain risque et sur lequel l'investisseur escompte un rendement, si bien que certains AII définissent un investissement comme étant un actif employé dans des activités pouvant être rémunératrices. Cela pourrait exclure par exemple des actifs tels que les biens immobiliers appartenant à l'investisseur étranger et non employés à des fins productives. Toutefois, cette approche est assez peu utilisée dans la pratique et elle n'offre que des possibilités très limitées de restreindre le champ d'application d'un AII.

B. AUTRES APPROCHES DE LA DÉFINITION DE L'INVESTISSEMENT

17. Certains AII qui visent essentiellement à promouvoir l'IED emploient une autre définition, c'est-à-dire qu'ils visent l'investissement étranger dans une entreprise et non une liste de différentes catégories d'actifs acquis ou investis dans le pays d'accueil. C'est ce qu'on appelle la définition de l'investissement fondée sur l'entreprise. En général, son point de départ est l'objectif de l'investisseur qui prend une participation durable lui donnant le contrôle d'une entreprise, soit par la propriété du capital, soit par la possibilité de choisir les dirigeants. L'Accord de libre-échange Canada-États-Unis de 1988 (remplacé en 1992 par l'ALENA) employait une définition de ce genre:

- a) *l'établissement d'une nouvelle entreprise commerciale, ou b) l'acquisition d'une entreprise commerciale; et comprend c) telle qu'elle est menée, l'entreprise commerciale ainsi établie, ou acquise et contrôlée par l'investisseur qui a fait l'investissement; et d) la part ou les autres intérêts dans de telles entreprises commerciales appartenant à l'investisseur à condition que ces entreprises commerciales soient toujours contrôlées par ledit investisseur.*

On trouve un autre exemple dans l'accord bilatéral conclu entre le Danemark et la Pologne, qui définit l'investissement comme étant *tous les investissements dans des entreprises faits dans le but d'établir des relations économiques durables entre l'investisseur et l'entreprise et de donner à l'investisseur la possibilité d'exercer une influence notable sur la gestion de l'entreprise.*⁶

18. La notion de "contrôle étranger" est essentielle pour la limitation de la portée des AII au moyen d'une définition de l'investissement fondée sur l'entreprise, en particulier pour différencier l'IED des investissements étrangers de portefeuille. Ainsi, dans l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis, le "contrôle" est défini par la propriété de l'essentiel des actifs employés pour la conduite de l'entreprise commerciale. Nous reviendrons sur cette question à la section IV ci-dessous.

⁶ Cité dans CNUCED, Portée et définition, (1999), page 27.

19. Une des références sur lesquelles le Groupe de travail s'est appuyé pour différencier l'IED de l'investissement étranger de portefeuille est la définition de l'investissement direct du FMI. Celle-ci emploie une troisième approche consistant à fonder la définition sur les transactions.⁷ Cette définition met l'accent sur l'investissement étranger en tant que mouvement transfrontières de capitaux et d'actifs connexes, c'est-à-dire les transactions transfrontières associées à l'établissement ou à la liquidation d'un investissement à l'étranger, et elle est employée principalement dans les AII qui visent à encadrer la politique appliquée par le pays d'accueil aux mouvements de capitaux internationaux et non l'investissement en tant que tel. Elle est employée par le FMI pour les statistiques de la balance des paiements ainsi que par l'OCDE dans sa définition type de l'IED, afin d'aider les gouvernements des pays Membres à établir les statistiques de l'IED.

20. La définition de l'investissement direct du FMI est la suivante:

La catégorie des investissements directs désigne les investissements qu'une entité résidente d'une économie (l'investisseur direct) effectue dans le but d'acquérir un intérêt durable dans une entreprise résidente d'une autre économie (l'entreprise d'investissement direct). Par intérêt durable, on entend qu'il existe une relation à long terme entre l'investisseur direct et l'entreprise et que l'investisseur exerce une influence significative sur la gestion de l'entreprise. Les investissements directs comprennent non seulement la transaction initiale, qui établit la relation entre l'investisseur et l'entreprise, mais aussi toutes les transactions entre eux et entre les entreprises apparentées, qu'elles soient ou non constituées en sociétés et donc dotées d'une personnalité morale distincte.

*Les capitaux d'investissement direct sont les capitaux fournis par l'investisseur direct à l'entreprise d'investissement direct ou les capitaux reçus de cette entreprise par l'investisseur. Ils se décomposent en capital social, bénéfices réinvestis et autres transactions liées aux dettes interentreprises.*⁸

21. Dans son exposé au Groupe de travail, le représentant du FMI a signalé que la notion d'intérêt durable n'était pas définie par une durée précise et que le critère le plus pertinent était celui du niveau de la participation dans l'entreprise. Une participation supérieure ou égale à 10 pour cent est souvent considérée comme le signe d'un intérêt durable, mais les pays peuvent appliquer d'autres critères impliquant une certaine subjectivité. Ainsi, si un investisseur direct possède moins de 10 pour cent des actions ordinaires ou du pouvoir de vote dans une entreprise, mais a une influence importante sur la gestion de cette entreprise, le pays d'accueil peut décider de traiter l'investissement comme un IED.

C. RESTRICTIONS GÉNÉRALES

22. Il existe divers moyens de limiter la portée d'un AII autres que par les définitions elles-mêmes.

⁷ On peut trouver une définition de l'investissement direct de ce type antérieure dans le Code de la libération des mouvements de capitaux de l'OCDE de 1961: Investissement dans le but d'établir des relations économiques durables avec une entreprise, tel que, en particulier, investissement donnant la possibilité d'exercer une influence effective sur la gestion de l'entreprise (CNUCED, International Investment Instruments: A Compendium, volume II, page 3).

⁸ WT/WGTI/W/61. Dans sa communication, le FMI indique que, dans le cadre des définitions et catégories des comptes internationaux présentés dans le Manuel de la balance des paiements, on distingue trois composantes de l'investissement étranger: i) l'investissement direct; ii) l'investissement de portefeuille; et iii) les autres investissements.

23. Le plus fréquent est de laisser aux pays d'accueil une certaine marge de manœuvre dans certaines situations, par le biais des dispositions de fond de l'Accord. Un des exemples examinés dans le Groupe de travail consiste à faire une distinction entre les catégories d'actifs selon qu'on se trouve avant ou après la phase de l'établissement; de nombreux AII accordent une protection à un éventail plus large d'actifs après l'établissement qu'avant l'établissement, car avant l'établissement le principal enjeu est l'accès aux marchés et la libéralisation des flux d'investissements transfrontières. Autre possibilité, si l'AII emploie une définition large et fondée sur les actifs qui englobe toutes les formes d'investissement de portefeuille, il peut préciser que ses dispositions de fond (comme le traitement national) ne s'appliquent qu'à certains actifs, par exemple ceux qui restent au moins un an dans le pays d'accueil. Une troisième possibilité consiste à employer des exceptions: par exemple, pour réguler les flux de capitaux volatils, on peut intégrer dans l'Accord des dispositions autorisant l'application de restrictions à des fins de balance des paiements. Cette méthode consistant à limiter la portée d'un AII au moyen de ses dispositions de fond plutôt que sur la base des définitions se retrouve dans de nombreux accords.

24. On peut aussi limiter la portée d'un AII à certains secteurs de l'économie, ou en exclure certains secteurs ou branches d'activité. Ainsi, l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis ne s'appliquait pas aux marchés publics, aux services de transport et à la plupart des services financiers. De nombreux TBI excluent les marchés publics de leur champ d'application. Dans la mesure où on peut le considérer comme une forme d'AII, l'AGCS est l'exemple le plus familier du point de vue de l'OMC d'un accord qui ne s'applique qu'à certains secteurs de l'économie. On peut aussi limiter les secteurs ou branches de production auxquels l'accord s'applique par des dispositions *ad hoc*, notamment en permettant aux Parties d'inscrire des limites ou des réserves concernant les engagements qu'ils prennent dans leurs listes.

25. Parmi les autres façons de limiter la portée d'un AII, l'une consiste à ne l'appliquer qu'aux investissements conformes aux lois et règlements du pays d'accueil ou qu'aux investissements établis à partir de sa date d'entrée en vigueur, ou à fixer des seuils en dessous desquels les investissements ne sont pas protégés. Ces limitations peuvent être motivées par diverses raisons⁹; dans de nombreux cas, elles visent à faire en sorte que les investissements étrangers soient compatibles avec les objectifs de politique économique, industrielle et de développement du pays d'accueil.

III. DÉFINITION DU TERME "INVESTISSEUR" DANS LES ACCORDS INTERNATIONAUX D'INVESTISSEMENTS

26. Les AII ne s'appliquent en général qu'aux investissements d'investisseurs qui ont une relation juridique avec l'une des Parties à l'Accord. Les dispositions de l'accord définissent la nature du lien.

27. Les pratiques employées pour définir le terme investisseur sont plus diverses que dans le cas du terme investissement. Certains AII n'emploient pas du tout ce terme, mais définissent et emploient l'expression "investissement visé" pour déterminer la portée des dispositions de fond.¹⁰ D'autres définissent et emploient le terme investisseur aux mêmes fins. Quelle que soit l'approche retenue, les considérations qui entrent en jeu pour déterminer quels sont les investisseurs dont les investissements sont visés par un AII sont très similaires. Elles sont bien illustrées par l'accord type de la Suisse, qui définit le terme investisseur comme suit:

⁹ Voir CNUCED, Portée et définition, (1999), pages 23-27 pour plus de précisions.

¹⁰ Tel est le cas par exemple du traité type des États-Unis concernant l'encouragement et la protection réciproques de l'investissement, de l'accord type du Royaume-Uni sur la promotion et la protection des investissements et de l'accord type de la France sur l'encouragement et la protection réciproques de l'investissement (CNUCED, International Investment Instruments: A Compendium, volume III, pages 160, 186 et 196).

Accord type de la Suisse sur la promotion et la protection
réciproques des investissements

Le terme "investisseur" désigne, pour l'une ou l'autre partie contractante:

- a) *les personnes physiques qui, selon la loi de la partie contractante, sont considérées comme des nationaux;*
- b) *les personnes morales, y compris les entreprises individuelles, les sociétés de personnes ou de capitaux, les associations commerciales et autres organisations, qui sont constituées ou organisées conformément au droit de la partie contractante et dont le siège et les activités économiques réelles sont situés sur le territoire de cette même partie contractante;*
- c) *les personnes morales constituées en vertu du droit d'un pays qui sont, directement ou indirectement, contrôlées par des nationaux de la partie contractante ou par des personnes morales ayant leur siège et leurs activités économiques réelles sur le territoire de cette partie contractante.*¹¹

28. La plupart des AII distinguent deux grandes catégories d'investisseurs: les personnes morales et les personnes physiques.

29. Les personnes physiques sont les particuliers qui investissent directement dans leur propre entreprise privée ou en achetant des valeurs mobilières d'un pays d'accueil. Leur lien avec une Partie à un AII est généralement simple et il est défini par référence à la nationalité conformément au droit intérieur de la partie concernée. Ainsi, les investissements d'un investisseur qui est un national d'une des Parties à un accord sont visés par les dispositions de cet accord. Certains accords élargissent le champ d'application aux personnes ayant un statut de résident permanent dans la Partie concernée (voir le cas de l'AGCS ci-dessous), mais cela est assez rare.¹²

30. Les personnes morales portent parfois un autre nom dans les AII. Quelle que soit l'expression employée, elle désigne en gros les sociétés. La plupart des AII s'appliquent à toutes les formes de sociétés. Ainsi, l'alinéa b) de l'accord type de la Suisse reproduit ci-dessus donne une brève liste, non exhaustive, des types d'entreprises visées. Le traité type des États-Unis comporte une liste plus complète, mais toujours non exhaustive: une "société" s'entend de toute entité constituée ou organisée en vertu du droit applicable, à but lucratif ou non, qu'elle soit partiellement ou entièrement détenue ou contrôlée par l'État, et peut prendre la forme d'une société de personnes ou de capitaux, d'une entreprise individuelle, d'une succursale, d'une coentreprise, d'une association ou de toute autre organisation.

31. Certains AII excluent de leur champ d'application, par la définition du terme investisseur, certaines formes de sociétés, pour diverses raisons. Par exemple, la définition du terme "société" peut exclure les sociétés de personnes, les coentreprises, les organisations sans but lucratif ou les entreprises d'État. Toutefois, ce genre d'exclusion ne paraît pas être très fréquent.¹³

¹¹ WT/WGTI/W/28, communication de la Suisse.

¹² Ainsi, le traité type de la Corée concernant l'investissement ne s'applique pas aux résidents permanents (WT/WGTI/W/42).

¹³ Voir CNUCED, Portée et définition, (1999), pages 33 et 34.

32. La condition la plus fréquemment exigée pour qu'une entreprise soit considérée comme officiellement liée à l'une ou l'autre des Parties à un AII se trouve notamment à l'alinéa b) de l'accord suisse: il faut que la société soit constituée ou organisée en vertu des lois du pays d'origine Partie à l'AII. Cela établit un lien direct entre la société et l'une des Parties.

33. Dans certains AII, cette condition est suffisante.¹⁴ Dans l'accord type suisse et dans d'autres AII¹⁵, elle ne l'est pas: il faut aussi que la société ait son siège dans le pays Partie et y ait des activités économiques réelles, condition qui vise du moins en partie à empêcher des entreprises de créer des filiales boîte aux lettres dans une Partie à un AII pour pouvoir bénéficier de ses dispositions. Toutefois, il a été suggéré dans le Groupe de travail qu'on pourrait régler ce problème d'une autre façon, en insérant dans l'Accord une disposition de refus des avantages. Il existe une telle disposition dans le traité type des États-Unis:

*Chaque Partie se réserve le droit de refuser à une société de l'autre Partie les avantages du présent traité si des nationaux d'un pays tiers possèdent ou contrôlent la société et a) la Partie qui refuse les avantages n'a pas de relations économiques normales avec le pays tiers; ou b) la société n'a pas d'activités commerciales notables sur le territoire de la Partie en vertu des lois de laquelle elle est constituée ou organisée.*¹⁶

34. L'alinéa c) de l'accord type de la Suisse élargit la définition de l'investisseur en y englobant les sociétés constituées dans un pays tiers (non Partie à l'AII) à condition qu'elles soient contrôlées, directement ou indirectement, par des personnes physiques ou morales d'une des Parties. Cela étend la portée de l'accord aux filiales constituées en sociétés dans un pays tiers: par exemple, dans le cas d'un accord bilatéral entre les pays A et B, les dispositions de l'accord s'appliqueraient également aux filiales d'une entreprise du pays A dans les pays X, Y et Z. Toutefois, cette disposition n'est pas présente dans tous les AII.¹⁷

IV. "DÉTENTION" ET "CONTRÔLE"

35. La question de la distinction entre détention et contrôle d'un investissement par une société ne se pose pas dans tous les AII – beaucoup d'entre eux s'en remettent au droit des sociétés des Parties – mais cette distinction est employée dans certains accords pour limiter la définition des "investisseurs du pays d'origine" et "investissements dans le pays d'accueil" qui sont visés par les dispositions de l'Accord.

36. Comme nous l'avons vu à la section précédente, dans la plupart des AII, pour définir quelles sont les sociétés reconnues comme investisseurs du pays d'origine, associées à l'une ou l'autre des Parties, on se fonde sur le pays dans lequel la société est constituée et/ou sur l'emplacement de son siège et de ses activités principales. Certains accords exigent en outre que les nationaux de la Partie concernée possèdent une majorité du capital de la société, ce qui peut réduire considérablement la portée de l'accord.¹⁸ Toutefois, dans la pratique cela peut être difficile à déterminer pour les sociétés

¹⁴ Par exemple dans les accords types des États-Unis et du Royaume-Uni mentionnés à la note de bas de page 10 et dans la majorité des traités d'investissement du Costa Rica (WT/WGTI/W/60).

¹⁵ Par exemple dans l'accord type français mentionné à la note de bas de page 10 et dans l'accord type du Chili.

¹⁶ CNUCED, International Investment Instruments: A Compendium, volume III, page 203.

¹⁷ Ainsi, l'accord type du Chili et celui de la Corée ne s'appliquent pas aux investissements réalisés par des sociétés implantées dans un pays tiers (WT/WGTI/W/42).

¹⁸ CNUCED, Portée et définition, (1999), pages 40 et 41.

dont les actions font objet d'un important commerce en bourse, et même si l'on peut déterminer qui contrôle la société, il se peut que les transactions opérées sur les actions la fassent sortir du champ d'application de l'AII à certaines périodes. De façon générale, cela n'est pas souhaitable lorsque l'objectif est d'accroître la stabilité et la prévisibilité des conditions d'investissement. En outre, la nécessité de définir quels sont les investisseurs qui relèvent de l'une ou l'autre Partie à l'accord est beaucoup moins pertinente dans le cadre d'un accord multilatéral que dans un accord bilatéral ou régional.

37. La plupart des AII, et en particulier ceux qui emploient la définition de l'investissement fondée sur les actifs, se bornent à préciser quelles sont les caractéristiques qu'une société doit présenter, en tant qu'investisseur du pays d'origine, pour bénéficier des dispositions de l'Accord. Toutefois, certains accords se fondent aussi, à cet effet, sur les notions de détention et de contrôle, relation qui doit lier l'investisseur et l'investissement dans le pays d'accueil pour que l'investissement bénéficie des dispositions de l'accord. Cette distinction apparaît de façon beaucoup plus évidente dans les AII qui emploient une définition de l'investissement fondée sur l'entreprise ou sur les transactions. Par exemple, dans le cas de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis¹⁹:

*Les mots **contrôler ou être contrôlé**, s'agissant:*

- a) *d'une entreprise commerciale constituée en personne morale, s'entend:*
 - i) *de la propriété de la totalité ou de l'essentiel des actifs employés dans la conduite de l'entreprise, et*
 - ii) *inclut, en ce qui concerne l'entité qui contrôle une entreprise commerciale de la façon définie à l'alinéa i), le contrôle direct ou indirect ultime de cette entité par la propriété des droits de vote; et*
- b) *d'une entreprise commerciale autre qu'une entreprise commerciale conduite par une entité, s'entend de la propriété de la totalité ou de l'essentiel des actifs employés pour la conduite de l'entreprise commerciale.*

38. Quelques AII vont plus loin et définissent les notions de propriété et de contrôle en termes quantitatifs; par exemple, ils peuvent exiger que l'investisseur ait une certaine proportion du capital social ou des droits de vote. Comme nous l'avons déjà indiqué, cette particularité se retrouve fréquemment dans les AII dans lesquels l'investissement est défini sur la base des transactions, lorsqu'il faut établir une frontière claire entre l'investissement étranger direct et indirect, par exemple à des fins statistiques; selon le FMI, le seuil fixé pour la définition de l'IED est généralement de 10 pour cent. Ce seuil est aussi employé dans certains AII qui emploient une définition de l'investissement fondée sur l'entreprise, et dans ce cas, selon la CNUCED, il est fréquent que l'accord exige la détention de 50 pour cent du capital ou d'une participation majoritaire.²⁰

¹⁹ CNUCED, International Investment Instruments: A Compendium, volume V, pages 8 et 9.

²⁰ CNUCED, Portée et définition, (1999), voir exemples pages 41 à 44.

V. L'AGCS

39. Il y a eu dans le Groupe de travail des débats au sujet des dispositions de l'AGCS relatives à la portée et aux définitions (articles I^{er} et XXVIII), et en particulier de la définition du commerce des services par le biais de la présence commerciale (mode 3):

la fourniture d'un service ... par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre (article I:2 c))

40. L'AGCS n'est pas un accord d'investissement dans le même sens que la plupart des autres AII. Il met l'accent sur la capacité d'offrir un service plutôt que sur l'investissement en soi et une de ses caractéristiques essentielles est que l'établissement d'une présence commerciale dans un pays d'accueil doit se faire dans le but de fournir un service: les deux ne peuvent pas être dissociés. Néanmoins, on a relevé que l'expression "présence commerciale" telle qu'elle figure dans l'AGCS se rapproche de la notion d'investissement dans un AII et que, dans ce contexte, la notion de fournisseur de services est proche de celle d'investisseur. On s'est donc penché sur la comparaison entre les définitions employées dans l'AGCS et les définitions types employées dans les AII.

41. L'AGCS définit l'expression "présence commerciale" comme suit:

l'expression "présence commerciale" s'entend de tout type d'établissement commercial ou professionnel, y compris sous la forme i) de la constitution, de l'acquisition ou du maintien d'une personne morale, ou ii) de la création ou du maintien d'une succursale ou d'un bureau de représentation, sur le territoire d'un Membre en vue de la fourniture d'un service. (Article XXVIII d))

42. Il est évident que cette définition est plus étroite que la définition de l'investissement fondée sur les actifs qui est employée dans la plupart des AII, mais elle est très similaire à la définition fondée sur l'entreprise (voir paragraphe 17 ci-dessus). Elle englobe l'établissement et l'acquisition d'une entreprise commerciale dans le pays d'accueil et les activités de l'entreprise après établissement lorsqu'elle fournit un service.

43. À partir de là, la nature des "investissements" qui sont régis par l'AGCS est limitée de deux façons.

44. Premièrement, et de la façon la plus évidente, la portée de l'AGCS est limitée aux secteurs des services et, comme on l'a vu plus haut, la notion de "présence commerciale" dans l'AGCS est indissociable de son objet, qui est la "fourniture d'un service". Selon la définition de l'AGCS, la fourniture d'un service inclut la production, la distribution, la commercialisation, la vente et la livraison d'un service.

45. Deuxièmement, la portée de l'AGCS est limitée par la façon dont les "investissements" sont traités dans les dispositions de fond. Certaines limitations ont un caractère général: par exemple, les marchés publics ne sont pas visés par les dispositions relatives au traitement NPF (article XIII). D'autres ont un caractère spécifique: par exemple, un pays peut restreindre les paiements et transferts associés à un investissement pour protéger sa balance des paiements (articles XI et XII). D'autres encore sont *ad hoc*: par exemple, les obligations de traitement national ne s'appliquent qu'aux secteurs des services inscrits sur la liste des Membres et sont subordonnées aux conditions et réserves inscrites sur cette liste (article XVII). À cet égard, l'AGCS ressemble aux AII dont la portée est limitée plutôt par les obligations de fond que par les définitions employées.

46. Pour ce qui est de la notion d'investisseur, l'AGCS reprend le modèle de nombreux AII, qui s'applique à la fois aux investisseurs individuels et aux sociétés. Dans l'AGCS, l'expression

"fournisseur de services" s'entend de *toute personne qui fournit un service* (article XXVIII g)), qu'il s'agisse de particuliers (*personnes physiques*) ou de sociétés (*personnes morales*).

47. Pour ce qui est des personnes physiques, l'AGCS les définit de la même façon que les AII, c'est-à-dire qu'elles doivent être des nationaux du pays d'origine, mais l'AGCS s'applique aussi aux résidents permanents, sous réserve de certaines conditions (article XXVIII k)).

48. Pour ce qui est des sociétés, l'AGCS définit l'expression "personne morale" comme suit:

l'expression "personne morale" s'entend de toute entité juridique dûment constituée ou autrement organisée conformément à la législation applicable, à des fins lucratives ou non, et détenue par le secteur privé ou le secteur public, y compris toute société, société de fiducie ("trust"), société de personnes ("partnership"), coentreprise, entreprise individuelle ou association. (Article XXVIII:1))

Ce libellé est très similaire à la formule type employée dans les AII pour définir les entités juridiques (voir paragraphe 30 ci-dessus). L'AGCS s'applique également aux entreprises sans but lucratif et aux entreprises appartenant au secteur public, ainsi qu'à une liste non limitative de différentes formes d'entreprises commerciales privées.

49. Toutefois, l'AGCS limite sa portée en ce qui concerne les entreprises visées en définissant non seulement les conditions de leurs liens avec le pays d'origine, mais aussi les conditions concernant la propriété et le contrôle de leurs filiales ou succursales dans les pays d'accueil (voir paragraphes 36 et 37 ci-dessus):

l'expression "personne morale d'un autre Membre" s'entend d'une personne morale:

- i) qui est constituée ou autrement organisée conformément à la législation de cet autre Membre et qui effectue d'importantes opérations commerciales sur le territoire de ce Membre ou de tout autre Membre; ou*
- ii) dans le cas de la fourniture d'un service grâce à une présence commerciale, qui est détenue ou contrôlée: 1. par des personnes physiques de ce Membre; ou 2. par des personnes morales de ce Membre telles qu'elles sont identifiées à l'alinéa i) (Article XXVIII m))*

une personne morale:

- i) "est détenue" par des personnes d'un Membre si plus de 50 pour cent de son capital social appartient en pleine propriété à des personnes de ce Membre;*
- ii) "est contrôlée" par des personnes d'un Membre si ces personnes ont la capacité de nommer une majorité des administrateurs, ou sont autrement habilitées en droit à diriger ses opérations;*
- iii) "est affiliée" à une autre personne lorsqu'elle contrôle cette autre personne ou est contrôlée par elle; ou lorsque elle-même et l'autre personne sont toutes deux contrôlées par la même personne. (Article XXVIII n))*

Selon cette définition, l'origine des personnes morales des autres Membres peut être déterminée non seulement sur la base de critères quantitatifs de détention, mais aussi sur la base d'un critère de contrôle. Par exemple, pour être considéré comme fournisseur de services d'un autre Membre, la société mère qui fournit les services par l'intermédiaire d'une présence commerciale dans le pays

d'accueil doit être constituée conformément au droit national et effectuer d'importantes opérations commerciales sur le territoire de son pays d'origine, et il faut que sa filiale dans le pays d'accueil soit détenue à 50 pour cent ou contrôlée par la société mère.

VI. LES DÉBATS DU GROUPE DE TRAVAIL

A. LA DÉFINITION ÉTROITE DE L'INVESTISSEMENT

50. Certains participants au Groupe de travail se sont exprimés en faveur d'une définition étroite de l'investissement, qui se limiterait pour l'essentiel à l'IED, partant du principe que les formes d'investissement liées à la production étaient celles qui contribuaient le plus directement au développement économique et au progrès technique, à la création d'emplois et à la croissance dans les pays d'accueil. Il a aussi été suggéré qu'il faudrait tenir compte des différentes formes d'IED, certains pensant que les IED de création étaient en général plus bénéfiques aux pays d'accueil que les IED limités à des fusions ou acquisitions.

51. L'intérêt de l'IED par rapport aux autres formes d'investissement étranger a aussi été lié au fait qu'il implique un engagement à long terme de l'investisseur étranger et aux préoccupations des pays d'accueil en ce qui concerne la volatilité des mouvements de capitaux de portefeuille, et en particulier des mouvements spéculatifs. La stabilité de l'IED durant la crise financière des pays émergents de 1997 à 1999 a été évoquée pour appuyer cet argument. Certaines de ces préoccupations paraissent concerner avant tout les AII qui mettent l'accent sur le traitement avant établissement et la libéralisation de l'investissement, mais il a aussi été dit que la stabilité de l'investissement étranger pouvait être pertinente après l'établissement en raison de ses effets sur les revenus, l'emploi et les exportations dans le pays d'accueil.

52. Ceux qui prônaient une définition étroite de l'investissement ont aussi dit que les Membres de l'OMC comprenaient mieux l'IED que les autres formes d'investissement étranger et que l'IED était déjà défini par le FMI. On a suggéré qu'en limitant la portée d'un éventuel accord sur l'investissement, on pourrait faciliter et accélérer le processus d'élaboration de règles et que cela permettrait aussi plus facilement d'harmoniser cet accord avec les dispositions de l'AGCS relatives à la présence commerciale.

53. Dans le même ordre d'idées, il a été dit qu'avant de pouvoir employer une définition large de l'investissement englobant les investissements de portefeuille et les capitaux à court terme, il faudrait aller plus loin dans la réforme de l'architecture financière internationale, dans le cadre d'organisations autres que l'OMC, en particulier pour ce qui concerne la libéralisation du compte de capitaux et le contrôle prudentiel. En excluant ces formes d'investissement de tout examen ultérieur dans le cadre de l'OMC, on s'éviterait de devoir attendre que des progrès soient réalisés ailleurs dans ce domaine.

54. Tous les participants n'étaient pas d'accord avec les avantages d'une définition étroite limitant l'investissement étranger aux formes traditionnelles d'IED. Selon certains, les investissements de portefeuille comme les IED pouvaient apporter des avantages économiques aux pays d'accueil et, dans l'économie mondialisée d'aujourd'hui, il devenait de plus en plus difficile de faire la distinction (comme dans le cas des fusions et acquisitions). Les investissements de portefeuille et les capitaux à court terme pouvaient jouer un rôle important en apportant des devises et en finançant la formation de capital dans l'économie du pays d'accueil. En excluant les investissements de portefeuille du champ d'application d'un AII, on entraverait la croissance générale de l'investissement international, y compris l'IED (en particulier dans les pays en développement), car l'IED devait pouvoir s'appuyer sur d'autres types de flux de capitaux, dont certains mouvements à court terme. En raison de ces considérations et du fait que sur le marché mondial des capitaux les différents instruments financiers sont interchangeables, certains participants doutaient qu'il soit concrètement possible de faire une distinction claire entre l'IED et les autres formes d'investissement étranger. Selon eux, la distinction

essentielle qu'il fallait faire dans le contexte d'une coopération multilatérale plus étroite dans ce domaine était la distinction entre les investissements étrangers durables d'une part et les flux de capitaux spéculatifs d'autre part.

55. Il a été dit que le fait d'employer le seuil de 10 pour cent de participation défini par le FMI pour distinguer les IED des investissements de portefeuille pouvait être artificiel, en raison notamment de l'évolution des stratégies d'entreprises et de la volatilité des cours boursiers. Dans le cas d'une fusion ou d'une acquisition, la prise d'une participation inférieure à 10 pour cent du capital pouvait néanmoins impliquer un intérêt durable dans l'entreprise et une influence notable sur sa gestion, en particulier si cette participation n'est que la première étape d'une stratégie à long terme visant à acquérir une participation plus importante. De plus, en employant la définition de l'IED établie par le FMI, qui se fondait uniquement sur les transactions de capitaux transfrontières et ne tenait pas compte des actifs corporels et incorporels associés à l'investissement (comme les droits contractuels et les droits de propriété intellectuelle), on affaiblirait sensiblement le niveau de protection qui pourrait être offert aux investisseurs étrangers. Il a donc été dit que la notion d'IED, en particulier lorsqu'elle se fonde sur des idées de contrôle ou d'intérêt durable, n'est pas assez précise pour permettre l'élaboration de dispositions de fond claires et significatives dans un AII. Enfin, il a été dit que les pays en développement qui souhaitaient limiter l'acquisition d'actifs nationaux par des investisseurs étrangers pourraient avoir intérêt à encourager les investissements de portefeuille, plutôt que l'IED, qui impliquait un contrôle par les investisseurs étrangers.

B. DÉFINITION LARGE DE L'INVESTISSEMENT

56. Il a été dit qu'un des avantages d'une définition large de l'investissement, fondée sur les actifs, était sa souplesse. Cette définition permet de protéger un éventail d'actifs aussi large que possible, tout en laissant aux pays d'accueil une certaine marge de manœuvre pour le traitement de certaines catégories d'actifs sensibles. À cet égard, il a été dit que, selon la CNUCED, les objectifs et préoccupations de politique du développement n'étaient pas nécessairement incompatibles avec une définition large de l'investissement étranger, étant donné qu'il était toujours possible de réduire le champ d'application d'un AII par le biais de ses dispositions de fond et des engagements spécifiques des Parties.²¹

57. Autre avantage, la définition large aiderait à faire en sorte que les AII soient compatibles avec les TBI et à harmoniser les dispositions des uns et des autres. Toutefois, à cet égard il a été suggéré qu'il ne fallait pas oublier que, dans de nombreux cas, l'utilisation d'une définition large fondée sur les actifs était liée au fait que les TBI ne visaient que les investissements après l'établissement et que cette définition ne serait peut-être donc pas appropriée pour les activités préalables à l'établissement.

58. Enfin, selon certains, la définition large, n'étant pas restrictive, pouvait s'adapter à l'évolution de nouvelles formes ou de formes hybrides d'investissement étranger. Une définition visant "toutes les catégories d'actifs" engloberait automatiquement les nouvelles formes d'investissement étranger, ce qui éviterait de devoir renégocier les définitions d'un AII pour préserver sa pertinence. Une définition étroite risquerait d'être rendue désuète par l'apparition de nouvelles formes d'actifs et de nouveaux modes de détention et n'offrirait donc pas la protection des intérêts économiques durables qui était recherchée. Toutefois, on a aussi fait valoir que cette approche pourrait avoir pour résultat de protéger à l'avenir des intérêts commerciaux autres que ceux que les Parties souhaitaient protéger au moment de la conclusion de l'accord.

59. Une des solutions suggérées consisterait à employer une définition large, incluant les IED et les investissements de portefeuille, mais excluant les transactions de caractère spéculatif. Toutefois, on a fait observer qu'il était théoriquement et techniquement difficile de définir et de différencier les

²¹ CNUCED, Portée et définition, (1999), pages 62 à 65.

flux de capitaux de caractère spéculatif. Un des critères employés à des fins statistiques était la durée de vie d'un actif financier, mais il ne serait pas nécessairement approprié car, dans la pratique, les entreprises employaient parfois des instruments à court terme pour des financements à long terme et vice versa, par exemple en vendant des devises à terme.

60. Il a été dit que les préoccupations des pays d'accueil au sujet de certains types d'investissements et de mouvements de capitaux pourraient être apaisées au moyen d'exceptions aux obligations de fond de l'AII, plutôt que par une limitation de la définition des investissements. À cet égard, on a évoqué les dispositions que contiennent la plupart des AII en ce qui concerne les transferts de capitaux. Il était possible de formuler ces dispositions de façon à laisser une certaine marge de manœuvre aux autorités, en autorisant des restrictions pour des motifs macro-économiques ou de protection de la stabilité du système financier, par exemple en interdisant le rapatriement des capitaux moins d'un an après l'investissement.

61. On a relevé que l'inclusion des droits de propriété intellectuelle dans la définition de l'investissement n'impliquait pas un niveau ou un caractère particulier de protection des droits de propriété intellectuelle et que le niveau de protection des différents types de droits de propriété intellectuelle était traité dans d'autres cadres, comme celui de l'Accord sur les ADPIC.

C. DÉFINITION MIXTE DE L'INVESTISSEMENT, AVEC POSSIBILITÉS DE LIMITER SON APPLICATION

62. Selon certains participants, il pourrait être utile de faire une distinction entre les définitions étroites et larges de l'investissement en se fondant sur la nature des obligations de fond correspondantes. Ainsi, un des Membres a mentionné la loi de son pays qui employait la notion d'IED pour les dispositions applicables avant l'établissement et concernant la libéralisation de l'investissement, tout en réservant la définition plus large fondée sur les actifs aux dispositions visant à protéger les investissements étrangers après établissement.

63. Il a été dit que la possibilité de modifier la définition selon les dispositions de fond d'un éventuel cadre multilatéral pourrait faciliter la recherche d'un consensus, mais d'autre part il fallait éviter d'adopter des définitions confuses et complexes qui pourraient poser des problèmes d'interprétation et qui seraient difficiles à comprendre pour les investisseurs et à appliquer pour les autorités.

VII. QUESTIONS EN SUSPENS

A. DÉFINITION DE L'INVESTISSEMENT

64. Les débats du Groupe de travail ont mis en évidence un certain nombre de questions qui mériteraient un complément d'examen. Pour ce qui est de la définition large de l'investissement, fondée sur les actifs, ces questions sont les suivantes:

- une définition large pourrait-elle tenir compte de tous les besoins de développement de tous les Membres?
- comment pourrait-on répertorier, définir et exclure les transactions en capital qui ne sont pas des investissements mais ont un caractère spéculatif?
- faudrait-il considérer comme des investissements les succursales et autres formes d'entreprises non constituées en sociétés? Il a été suggéré qu'il faudrait inclure tous les types d'entités reconnues par la loi applicable, même si aucun enregistrement officiel n'est requis.

- convient-il de ne considérer les prêts comme des investissements que dans le cas des prêts à long terme?
- faudrait-il préciser le traitement des droits découlant de contrats en tant qu'investissements, et en particulier faire une distinction entre les contrats liés à la vente de biens ou de services et les contrats qui impliquent l'engagement de ressources financières et/ou humaines par un investisseur?
- faudrait-il exiger que le capital ou les autres ressources engagés par l'investisseur se trouvent dans le pays d'accueil?
- quelles sont les incidences du fait de considérer les droits de propriété intellectuelle comme des investissements? Il convient de préciser la relation entre les accords sur l'investissement et l'Accord sur les ADPIC.
- sous quelles conditions les biens immobiliers devraient-ils être considérés comme des investissements?
- comment faire en sorte que les accords soient assez souples et globaux pour intégrer de nouvelles formes d'investissement?

65. En ce qui concerne la définition étroite de l'investissement, fondée sur l'entreprise, ces questions sont les suivantes:

- le fait de faire une distinction entre l'IED et l'investissement étranger de portefeuille est-il vraiment pertinent sur le plan économique ou opérationnel?
- comment pourrait-on préciser la notion d'intérêt durable dans une entreprise et l'application d'un seuil de 10 pour cent est-elle pertinente et réaliste?
- comment pourrait-on définir la notion de contrôle d'une entreprise, compte tenu des formes modernes que peut prendre l'IED et des formes indirectes de détention ou de contrôle par le biais de filiales ou d'autres entités ou personnes intermédiaires, y compris dans des pays tiers?
- quelles sont les répercussions du fait de faire une distinction entre les IED de création et les autres formes d'IED?

B. DÉFINITION DE L'INVESTISSEUR

66. Les participants ont soulevé un certain nombre de questions concernant les différentes catégories de personnes physiques et morales qu'il conviendrait de considérer comme investisseurs:

- en ce qui concerne les personnes physiques, faut-il inclure les résidents permanents parmi les personnes physiques considérées comme des investisseurs?
- en ce qui concerne les personnes morales, faut-il considérer une entreprise constituée en vertu du droit d'une Partie comme un investisseur de cette Partie, quelle que soit la nationalité de ses détenteurs ultimes ou de ceux qui la contrôlent?
- pourrait-on combiner des critères tels que lieu de constitution, siège administratif et nationalité des propriétaires ou des personnes qui contrôlent l'entreprise pour déterminer s'il convient de considérer une entreprise comme un investisseur d'une Partie?

- quelle pourrait être l'utilité d'une clause de refus des avantages visant à empêcher des nationaux non Parties de créer des sociétés boîte aux lettres uniquement pour profiter d'un accord?
- comment faudrait-il traiter les investisseurs correspondant à toutes les formes d'entreprises reconnues par la loi, notamment celles pour lesquelles un enregistrement officiel est exigé?
- convient-il de considérer les organisations étatiques et les organisations sans but lucratif comme des investisseurs?

ANNEXE 1

Principales catégories d'investissement englobées par les définitions fondées sur les actifs

- Les *biens mobiliers et immobiliers* englobent toutes les marchandises (telles que les biens d'équipement et les stocks), tous les bâtiments (tels que les usines) et la terre, ainsi que les droits de propriété ne donnant pas à l'investisseur une propriété complète (hypothèques, privilèges et gages).
- Les *participations dans des entreprises* englobent diverses formes de participations au capital, tels que les actions, ainsi que les obligations, les prêts, les créances et les autres formes de titres d'emprunt à long terme. Il n'est pas nécessaire que l'investisseur détienne ou contrôle l'entreprise, et par conséquent cette définition s'applique quels que soient le niveau et le pourcentage de la participation, qu'il s'agisse d'IED ou d'un investissement de portefeuille. Les titres d'emprunt peuvent aussi être des créances sur le secteur public, des obligations émises par des entreprises publiques ou des obligations garanties par l'État.²²
- Les *droits contractuels* englobent les droits sur la prestation de services tels que contrats de construction et de gestion, contrats de comptabilité ou d'autres services professionnels, contrats clés en main, droits de production et droits à une part des bénéfices. Il n'est pas nécessaire que ces contrats soient des contrats à long terme.
- Les *droits de propriété intellectuelle (DPI)* peuvent inclure non seulement les DPI traditionnels, tels que les marques, les brevets, les droits d'auteur et droits connexes, les droits sur les obtentions végétales, les dessins et modèles industriels et les secrets commerciaux, mais aussi dans certains cas les procédés techniques et les autres formes de savoir-faire qui ne sont généralement pas protégés par les conventions ou accords internationaux relatifs aux formes traditionnelles de propriété intellectuelle. Cette catégorie peut aussi inclure le fonds de commerce, par exemple la réputation de l'entreprise.
- Les *concessions conférées par la loi ou par contrat* sont généralement des privilèges ou droits accordés par les autorités publiques en vertu de décisions législatives ou administratives, ou les contrats, licences et permis autorisant l'utilisation et l'exploitation de ressources naturelles ou de ressources publiques. Cette catégorie englobe les concessions privées et les concessions publiques.²³

²² Dans certains AII, les titres de créance négociables sur le secteur public sont expressément mentionnés dans la définition.

²³ L'accord type de l'Australie sur la protection et la promotion des investissements définit ces actifs de la façon suivante: "les concessions et tout autre droit conférés par la loi ou par contrat en vue de la conduite d'une activité économique, notamment dans les secteurs de l'agriculture, de la foresterie, de la pêche et de l'élevage, en vue de la prospection, de l'extraction ou de l'exploitation des ressources naturelles, et en vue de la fabrication, de l'utilisation et de la vente de produits" (WT/WGTI/W/80).

ANNEXE 2

Définition de l'investissement dans l'Accord de libre-échange nord-américain

Investissement désigne:

- a) une entreprise;
- b) un titre de participation d'une entreprise;
- c) un titre de créance d'une entreprise;
- d) un prêt à une entreprise;
- e) un avoir dans une entreprise qui donne au titulaire le droit de participer aux revenus ou aux bénéfices de l'entreprise;
- f) un avoir dans une entreprise qui donne au titulaire le droit de recevoir une part des actifs de cette entreprise au moment de la distribution, autre qu'un titre de créance ou qu'un prêt exclu de l'alinéa c) ou d);
- g) les biens immobiliers ou autres biens corporels et incorporels acquis ou utilisés dans le dessein de réaliser un bénéfice économique ou à d'autres fins commerciales;
- h) les intérêts découlant de l'engagement de capitaux ou d'autres ressources sur le territoire d'une Partie pour une activité économique exercée sur ce territoire, par exemple en raison:
 - i) de contrats qui supposent la présence de biens de l'investisseur sur le territoire de la Partie, notamment des contrats clés en main, des contrats de construction ou des concessions, ou
 - ii) de contrats dont la rémunération dépend en grande partie de la production, du chiffre d'affaires ou des bénéfices d'une entreprise;

mais ne désigne pas

- i) les créances découlant uniquement:
 - i) de contrats commerciaux pour la vente de produits ou de services par un ressortissant ou une entreprise sur le territoire d'une Partie à une entreprise située sur le territoire d'une autre Partie, ou
 - ii) de l'octroi de crédits pour une opération commerciale, tels que le financement commercial, autre qu'un prêt visé à l'alinéa d); ou
- j) toute autre créance, qui ne suppose pas le versement des intérêts visés aux alinéas a) à h).
