

ECT Travaux, Memorandum from France commenting on the investment provisions of the Draft Basic Agreement

[P. 1]

Paris, 15 March 1993

Memorandum

[...]

b) Other articles that directly or indirectly concern investors are useful only if non-discrimination between nationals and foreigners is respected. These are in particular articles 4 (“sovereignty over resources, 4A (“access to resources”), 6 (“procurement policies”), and 13 (“access to capital”). France does not doubt that its [European] Community partners are also committed to the respect of non-discrimination, which is already applied in the Community and which, if it disappeared from these articles, would only prejudice European investors. Yet, the negotiations have shown that the existence of these articles could be compromised. **France thus proposes to its partners that the Community underscore with greater strength that it considers important to maintain a non-discrimination clause in these articles.**

MEMORANDUM

L'Accord de base ("Basic Agreement") que négocient les signataires de la Charte européenne de l'énergie est consacré en partie à la promotion et à la protection des investissements dans le secteur de l'énergie. La France souhaite attirer l'attention de ses partenaires de la Communauté sur les dangers que présentent certaines dispositions relatives aux investissements telles qu'elles figurent actuellement dans le projet d'Accord de base.

1. Non-discrimination / Traitement national.

Le principe de non-discrimination entre investisseurs nationaux et investisseurs étrangers est appliquée par tous les Etats de la Communauté. De nombreux pays signataires de la Charte ont également accepté ce principe dans les accords bilatéraux qu'ils ont signé avec des Etats membres de la Communauté. Si les signataires de la Charte ont tenu à introduire cette notion de non-discrimination dans l'Accord de base, c'est parce qu'ils reconnaissent tous qu'une législation discriminatoire constitue une incitation à ne pas investir et nuit donc aux pays eux-mêmes qui l'appliquent. Or, les dispositions actuellement prévues par l'Accord de base ne respectent pas ce principe de non-discrimination : elles auraient, si elles étaient adoptées, des conséquences extrêmement dangereuses pour la Communauté et, en tout cas, inadmissibles pour la France.

a) L'article 16 - paragraphe 3 prévoit que les pays dont la législation n'accorde pas le traitement national aux investisseurs étrangers pourront continuer à ne pas appliquer le traitement national aux investisseurs étrangers dans la limite prévue par cette législation. Ce paragraphe constitue à lui seul une atteinte inacceptable à l'égalité des Parties contractantes. L'article 16 - paragraphe 5 prévoit que les Parties contractantes n'auront pas le droit de "durcir" leur réglementation applicable aux investissements étrangers. (standstill clause)

Les paragraphes 3 et 5 combinés ont pour effet de permettre aux Etats les moins accueillants de conserver leurs textes discriminatoires tout en interdisant aux autres de prendre des mesures comparables. Où est la réciprocité ? Quel intérêt pouvons-nous avoir à accepter un tel texte ? Il est possible que certains Etats ne se jugent pas prêts à renoncer à leurs textes discriminatoires, mais quelle utilité y a-t-il pour les pays de la Communauté à les encourager à conserver ces textes en consacrant leur validité par un traité international ? Les Etats membres de la Communauté doivent au contraire essayer d'amener ces Etats à renoncer à des législations dont les investisseurs européens sont les principales victimes. La France propose aux autres Etats membres de faire de la suppression du paragraphe 3 de l'article 16 une condition sine qua non pour la signature par la Communauté de l'Accord de base.

b) D'autres articles, concernant directement ou indirectement les investisseurs, n'ont d'utilité que si la non-discrimination entre nationaux et étrangers est respectée. Il s'agit en particulier des articles 4 ("sovereignty over resources"), 4A ("access to resources"), 6 ("procurement policies"), et 13 ("access to capital"). La France ne doute pas que ses partenaires de la Communauté soient comme elle attachés au respect d'une non-discrimination déjà appliquée dans la Communauté et qui, si elle disparaissait de ces articles, aurait pour seul effet de nuire aux investisseurs européens. Or les négociations ont montré que l'existence de ces articles pourrait être remise en cause. La France propose donc à ses partenaires que la Communauté souligne avec plus de vigueur l'importance qu'elle attache au maintien d'une clause de non-discrimination dans ces articles.

2. Règlement des différends.

RL-128

Les procédures de règlement des différends jouent un rôle essentiel dans la protection des investissements, à tel point que tous les accords de protection des investissements signés par des Etats membres avec des pays tiers sont pour une large part consacrés à cette question. L'expérience des entreprises comme celle des Etats avant négocié des accords bilatéraux est que la seule bonne procédure de règlement des différends entre un investisseur et un Etat est celle qui garantit dans tous les cas à l'investisseur la possibilité d'un recours à l'arbitrage international.

Or l'article 23 de l'Accord de base, dans sa rédaction actuelle, comporte de nombreuses dispositions dont l'objet est de réduire les possibilités de recours à l'arbitrage international. Aucun Etat soucieux des intérêts de ses investisseurs ne peut accepter de voir ainsi réduit à rien le principe du recours à l'arbitrage international posé au début de l'article.

a) En particulier, priver un investisseur de la possibilité de recourir à l'arbitrage pour des raisons de pure forme sans aucun lien avec le différend constitue une restriction injustifiable à la protection de l'investisseur. Les dispositions soumettant le recours à l'arbitrage à une demande écrite de l'investisseur (paragraphe 2), à un accord préalable de l'investisseur (paragraphe 3), à un consentement préalable et formel des deux parties au différend (paragraphe 6) sont autant de moyens détournés d'empêcher un investisseur de recourir à l'arbitrage international. La France, convaincue que ses partenaires de la Communauté et tout particulièrement ceux qui ont déjà signé des accords bilatéraux de protection des investissements partagent cette analyse, souhaite obtenir leur soutien pour que la Communauté demande la suppression de ces clauses.

b) Le recours à l'arbitrage international ne peut pas non plus se présenter comme une possibilité parmi d'autres pour un investisseur. Si celui-ci a le choix entre l'arbitrage et par exemple les tribunaux locaux, l'expérience a montré que l'Etat hôte de l'investissement était capable d'exercer des pressions considérables sur l'investisseur pour le forcer à faire "le bon choix", c'est-à-dire à renoncer à l'arbitrage international. Pour éviter que l'investisseur soit obligé d'en arriver là, il faut que la possibilité de recourir à l'arbitrage international soit inconditionnelle. Le paragraphe 3 qui prévoit qu'un investisseur a le choix entre les tribunaux locaux, une procédure ad hoc définie préalablement au différend entre lui et la Partie contractante, et un arbitrage, s'il devait faire partie du texte final, aurait pour conséquence de réduire à néant la protection de nos investisseurs dans les pays dans lesquels la justice n'est pas ou ne serait pas impartiale.

c) De plus, le même paragraphe prévoit que le recours à l'arbitrage n'est possible que si l'investisseur a renoncé à tout recours devant les tribunaux locaux et ceci avant qu'un jugement ait été prononcé, et si moins de trois ans se sont écoulés depuis le moment où l'investisseur "aurait dû avoir connaissance" du fait à cause duquel il demande un arbitrage. Ces deux conditions préalables n'ont pas d'autre utilité que de restreindre encore une fois la possibilité de recourir à l'arbitrage international. En effet, si un investisseur attendait des années après la survenance d'un fait dont il a effectivement eu connaissance pour demander un arbitrage, ce serait au tribunal d'en tirer les conséquences. D'autre part, si le fait de saisir la justice locale suffit à exclure tout recours à l'arbitrage, les Etats soucieux d'éviter l'arbitrage utiliseront systématiquement cette possibilité, par exemple en déclarant que la seule plainte de l'investisseur suffit pour que la justice locale soit saisie. Plus généralement, aucune condition préalable n'est acceptable. C'est au tribunal d'arbitrage qu'il revient de sanctionner tout recours abusif. La France souhaite donc obtenir le soutien des autres Etats membres pour que la Communauté demande que disparaissent de l'article 23 toutes les clauses limitant la possibilité pour un investisseur de recourir à l'arbitrage international. Il conviendrait au minimum d'obtenir la suppression des paragraphes 3 et 6.

Les propositions faites, dans le cadre de l'article 18, pour priver les investisseurs expropriés de toute indemnisation lorsque l'expropriation résulte de la délivrance de licences obligatoires, de leur création, de leur limitation ou de leur révocation constituent une restriction considérable du droit à indemnisation en cas de dépossession. Il s'agit de plus encore une fois d'une mesure qui nuirait essentiellement aux investisseurs européens. La Communauté doit s'opposer à ces propositions.

4. Transferts

L'article 19 prévoit le libre transfert des revenus des investissements. Certains Etats souhaiteraient que ce principe ne s'applique pas dans tous les cas. On ne peut en fait envisager que deux sortes de restrictions au libre transfert : celles décidées par l'Etat hôte de l'investissement seul, et celles agréées par l'ensemble des Etats membres des institutions de Bretton Woods. Une remise en cause du libre transfert décidée par l'Etat seul ôterait toute utilité à l'article. Si en revanche, les problèmes rencontrés par un pays sont tels que l'ensemble des Etats lui reconnaît le droit à des mesures transitoires, une exception au libre transfert est envisageable à ce titre, sans qu'il soit nécessaire de le mentionner à l'article 19. C'est donc avec la plus grande fermeté que la France entend s'opposer à toute modification de l'article 19. La France, convaincue que ses partenaires et la Présidence ne peuvent que partager cette analyse, souhaite que la Communauté la défende avec vigueur.

5. Subrogation.

Dans l'article 21 qui traite de la subrogation, le paragraphe 1 - b prévoit qu'une Partie contractante peut soumettre tout transfert de droits d'un investisseur à une autre personne ou à un Etat à son autorisation préalable. Si cette disposition était adoptée, la possibilité pour un Etat ayant indemnisé un investisseur de subroger celui-ci dans ses droits serait soumise à l'autorisation du pays dans lequel l'investissement a été réalisé. Cette disposition vide l'article de son sens et est contraire à la pratique internationale en la matière. La France juge préférable qu'il n'y ait aucune exception à la possibilité pour un Etat de subroger un investisseur qu'il a indemnisé et, compte-tenu des discussions les plus récentes sur cette question, souhaite que la Communauté aille au-delà de sa dernière proposition en demandant la suppression du paragraphe 1 - b.

6. Application de l'Accord aux Parties contractantes.

Tout traité international multilatéral doit entraîner des obligations comparables pour tous les Etats signataires. En matière de protection des investissements, le respect de ce principe est indispensable pour qu'il n'y ait pas des investisseurs plus avantagés que d'autres. Or plusieurs dispositions de l'Accord de base créent de graves inégalités entre les Parties contractantes et donc entre les investisseurs.

a) Le paragraphe 10 de l'article 16 prévoit des exceptions à la protection des investissements qui, pour certaines, ne concernent qu'une ou quelques Parties contractantes. Les investisseurs de cette ou de ces Parties contractantes seraient donc favorisés par rapport aux autres investisseurs privés de leurs droits par ces exceptions. La Communauté doit donc en demander la suppression.

b) L'article 26 demande aux parties contractantes de prendre "toute mesure raisonnable dont elles pourraient disposer" pour obliger les autorités locales à appliquer l'Accord de base : autrement dit, celui-ci serait appliqué dans les Etats centralisés et ne le serait pas dans les Etats fédéraux les plus décentralisés. C'est tout à fait contraire au principe d'égalité des Parties contractantes et aux intérêts des investisseurs européens. L'article doit donc être modifié de façon à garantir qu'au contraire, même les Etats les plus décentralisés respecteront leurs obligations.

c) L'article 27, qui énumère les cas dans lesquels un Etat n'est pas obligé d'appliquer la Charte, contribue à réduire largement la portée de la Charte. L'ensemble de l'article est inutile et aurait pour principal effet de priver un investisseur de l'indemnisation à laquelle la Charte lui donne droit si un Etat le déposait dans les conditions prévues par cet article. L'article dans son ensemble doit appeler une réaction vigoureuse de la Communauté. RL 128

d) Le contenu de la proposition d'article 39 bis est également contraire aux dispositions habituelles en matière de protection des investissements et la France souhaite que la Communauté s'y oppose.

e) L'article 42 prévoit une période transitoire de trois ans maximum pour les pays d'Europe centrale et orientale pendant laquelle ceux-ci ne seraient pas tenus d'appliquer la Charte (à l'exception de l'article 41 bis). Il n'y a aucune raison d'accepter une telle période transitoire en ce qui concerne la protection des investissements. La plupart des pays de l'Est a en effet déjà signé des accords bilatéraux de protection des investissements dans lesquels ceux-ci se sont d'ores et déjà engagés au-delà de ce qui est prévu par la Charte. Le seul effet d'une telle période transitoire dans ce domaine serait de défavoriser les investisseurs n'appartenant pas à ces pays. Compte-tenu des engagements pris par ces pays dans des accords bilatéraux signés avec des Etats membres, la France propose que la Communauté demande la suppression de l'article 42 ou au moins l'exclusion de son champ de toutes les dispositions relatives à la protection des investissements.

7. Définition des investisseurs et des investissements protégés par l'Accord.

a) Les définitions proposées dans l'article 1, en l'état actuel de sa rédaction, restent insatisfaisantes pour la France, pour des raisons qu'elle espère faire partager par les autres Etats membres :

- en ce qui concerne la définition des investissements protégés, il paraît inutilement restrictif d'exclure tous les "faits" datant d'avant l'entrée en vigueur de l'Accord. Si un différend surgissait dans quelques années à propos d'un investissement réalisé avant l'entrée en vigueur de l'Accord, la rédaction actuelle permettrait à l'Etat hôte de l'investissement d'échapper à l'arbitrage international en faisant remonter la cause première du différend à la réalisation de l'investissement et en refusant ainsi d'appliquer l'Accord. Pour éviter de telles situations, il est indispensable qu'il n'y ait pas d'exceptions aux investissements protégés par l'Accord : tous les investissements, qu'ils aient été réalisés avant ou après l'entrée en vigueur de l'Accord, doivent être protégés sans restriction à partir du jour où l'Accord entre en vigueur.

- en ce qui concerne la définition des investisseurs, la France souhaiterait qu'elle s'appuie sur des catégories juridiques mieux définies : personnes morales plutôt qu'organisations, nationaux et non pas résidents permanents.

b) L'article 41 autorise un Etat à ne pas accorder les avantages prévus par la Charte à un investisseur d'une Partie contractante qui serait contrôlé ou appartiendrait à des personnes physiques ou morales d'un Etat non signataire de la Charte. Cela reviendrait à priver de nombreux investisseurs européens du bénéfice de la Charte. La France n'est pas prête à accepter une telle discrimination entre des personnes morales toutes légalement enregistrées en France. Elle suppose que cette discrimination soulèverait également des difficultés dans d'autres Etats membres et propose que la Communauté demande la suppression de cet article./.