

TRANSFERTS INTERNATIONAUX DE FONDS : LIBÉRATION, RESTRICTIONS ET CONTRÔLE

par
Régis BISMUTH
Agrégé des Facultés de droit
Professeur de droit public à l'Université de Poitiers

TABLE DES MATIÈRES

Généralités, 1-12.

SECT. 1. – Transferts internationaux de fonds afférents aux transactions courantes (notamment commerciales), 13-31.

ART. 1. – COMPÉTENCE DU FMI SUR LES TRANSFERTS DE FONDS AFFÉRENTS AUX TRANSACTIONS COURANTES, 14-25.

§ 1. – *Libération des règlements relatifs aux transactions courantes*, 15-19.

§ 2. – *Restrictions aux transferts de fonds encadrées par le FMI*, 20-25.

ART. 2. – DISCIPLINES DE L'OMC RELATIVES AUX TRANSFERTS DE FONDS AFFÉRENTS AUX TRANSACTIONS COMMERCIALES, 26-31.

§ 1. – *Restrictions commerciales et équilibre de la balance des paiements*, 26.

§ 2. – *Déférence du GATT et du GATS envers le FMI sur les restrictions en matière de change*, 27-28.

§ 3. – *Obligation de libération des paiements et transferts dans le cadre du GATS*, 29-31.

SECT. 2. – Transferts internationaux de fonds constitutifs de mouvements de capitaux, 32-70.

ART. 1. – UN CADRE MULTILATÉRAL FRAGMENTAIRE, 33-47.

§ 1. – *Une compétence dérivée à l'échelon du FMI*, 34-37.

§ 2. – *Un cadre multilatéral partiel par le biais du GATS*, 38-47.

ART. 2. – DÉVELOPPEMENT D'UN CADRE BI- ET PLURILATÉRAL, 48-70.

§ 1. – *Instruments de l'OCDE*, 49-56.

§ 2. – *Accords internationaux sur l'investissement étranger*, 57-70.

BIBLIOGRAPHIE

CARREAU et JUILLARD, *Droit international économique*, 5^e éd., 2013, Paris, Dalloz. – DAVIES, *A History of Money From Ancient Times to the Present Day*, 3rd éd., 2002, Cardiff, University of Wales Press. – MAVROIDIS, BERMANN & WU, *The Law of the World Trade Organization*, 2010, St Paul, West. – PROCTOR, *Mann on the Legal Aspect of Money*, 7th éd., 2012, Oxford, Oxford University Press. – STOUFFLET, *Instruments de paiement et de crédit. Effets de commerce, chèque, carte de paiement, transferts de fonds*, 8^e éd., 2012, Paris, LexisNexis. – VAN DEN BOSSCHE & ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2013, Cambridge, Cambridge University Press. – V. aussi Banque mondiale et FMI, *Informal Funds Transfer Systems: An Analysis of the Informal Hawala System*, 2003. – CNUCED, *Transfer of Funds. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, 2000, Geneva, United Nations. – FMI, *The Fund's Role Regarding Cross-Border Capital Flows*, 15 nov. 2010 ; *Selected Decisions and Selected Docu-*

ments of the International Monetary Fund, 36th éd., 2012 ; *Annual Report on Exchange Arrangements and Exchange Restrictions*, 2012. – OCDE, *Codes de l'OCDE de la libéralisation des mouvements et des opérations invisibles courantes. Guide de référence*, 2007. – OMC, *GATT Analytical Index – Guide to GATT Law and Practice*, 3rd éd., 2012.

ARNER, *The Developing Discipline of International Financial Law*, in PICKER, BUNN & ARNER (Eds.), *International Economic Law – The State and Future of the Discipline*, 2008, Portland, Hart Publishing, p. 245 s. – CHRIST & PANIZZON, *Article XI GATS*, in WOLFRUM, STOLL & FEINÄUGLE (Eds.), *WTO – Trade in Services*, 2008, Leiden, Martinus Nijhoff, p. 245 s. – DELIMATSI & MOLINUEVO, *Article XVI GATS*, in WOLFRUM, STOLL & FEINÄUGLE (Eds.), *WTO – Trade in Services*, 2008, Leiden, Martinus Nijhoff, p. 367 s. – GARI, *GATS Disciplines on Capital Transfers and Short-Term Capital*

Inflows: Time for Change?, *Journal of International Economic Law*, vol. 17, 2014. 399 s. – GIANVITI, *Liberalization of Capital Movements: A Possible Role for the IMF*, in *Current Developments in Monetary and Financial Law*, 2003, Washington DC, FMI, p. 217 s. – KISS, *International Payments Law Reform: Introduction of Global Code of Payments*, *Banking & Finance Law Review*, vol. 25, n° 3, 2010. 405 s. – KOLO & WÄLDE, *Economic Crises, Capital Transfer Restrictions and Investor Protection Under Modern Investment Treaties*, *Capital Markets Law Journal*, vol. 3, n° 2, 2008. 154 s. – LICHTENSTEIN, *International Jurisdiction Over Capital Flows and the Role of the IMF: Plus ça change ...*, in GIOVANOLI (Ed.), *International Monetary Law – Issues for the New Millennium*, 2000, Oxford, Oxford University Press, p. 61 s. – RADICATI DI BROZOLLO, *Conflicts of Laws Issues of International Payments*, in GIOVANOLI (Ed.), *International Monetary Law – Issues for the New Millennium*, 2000, Oxford, Oxford University Press, p. 457 s. – SIEGEL, *Capital Account Restrictions, Trade Agreements and the IMF*, in *Capital Account Regulations and the Trading System: A*

Compatibility Review, *Pardee Center Task Force Report*, 2013, Boston, Boston University, p. 67 s. – VASSEUR, Les transferts internationaux de fonds. La loi type des Nations unies sur les virements internationaux. Les cartes de débit, *Rec. cours La Haye*, vol. 239, 1993. 117 s. – VITERBO, *How to Make the GATS a Code of Conduct for Capital Controls*, in *Capital Account Regulations and the Trading System: A Compatibility Review*, *Pardee Center Task Force Report*, 2013, Boston, Boston University, p. 13 s. – WAIBEL, *BIT by BIT: The Silent Liberalization of the Capital Account*, in BINDER et al. (Eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, 2009, New York, Oxford University Press, p. 497 s. – V. aussi Banque mondiale, *Migration and Remittance Flows: Recent Trends and Outlook, 2013-2016*, *Migration and Development Brief* n° 21, 2 oct. 2013. – OCDE, Les transferts de fonds internationaux des émigrés et leur rôle dans le développement, in *Perspectives des migrations internationales*, 2006, p. 149 s.

Généralités

A. – Notion de « transfert international de fonds »

1. L'expression « transfert international de fonds » mérite d'être précisée, car elle revêt selon les contextes, les études et les auteurs des significations différentes. Elle a ainsi été employée afin d'évoquer les opérations de transfert réalisées par virements, prélèvements, circulation d'effets de commerce, cartes bancaires et autres instruments de paiement (VASSEUR, Les transferts internationaux de fonds. La loi type des Nations unies sur les virements internationaux. Les cartes de débit, *Rec. cours La Haye*, vol. 239, 1993. 117 s., spéc. p. 129 s.). Cependant, les règles relatives à ces opérations, telle la loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux de 1992 (A/CN.9/346, Annuaire de la CNUDCI, vol. XXII, 1991. 53 s.), ne concernent que les transferts de fonds internationaux réalisés par le biais d'inscriptions en compte entre deux banques ou entités qui exécutent des ordres de paiement, situées dans des États différents (V., par exemple, loi type CNUDCI, art. 1^{er}). Dans le cadre de la présente étude, la notion de « transfert international de fonds » est entendue *lato sensu* afin de mieux appréhender les instruments internationaux ayant vocation à réguler la circulation des valeurs monétaires entre les États.

1^o Notion de « fonds »

2. Le terme « fonds » a principalement deux acceptions. En premier lieu, il renvoie, de façon restrictive, à l'idée de capital destiné au financement ou à une activité et se distingue donc des revenus ou intérêts que ce financement ou cette activité génère. En second lieu, acception plus large retenue ici, le terme désigne « [p]ar extension, [une] somme d'argent plus ou moins considérable destinée à quelque usage » (Littre). Cette acception se retrouve également au sein des dictionnaires de langue anglaise pour lesquels *fonds* peut signifier simplement *available money*. Les « fonds » représentent ainsi toute somme d'argent quel que soit le support monétaire susceptible de la représenter (monnaie métallique, monnaie fiduciaire, monnaie scripturale, monnaie électronique, etc.).

2^o Notion de « transfert »

3. Si l'on se limite à la monnaie scripturale, le transfert de fonds est « une circulation de monnaie par un simple jeu d'écritures » (STOUFFLET, *Instruments de paiement et de crédit. Effets de commerce, chèque, carte de paiement, transferts de fonds*,

8^e éd., 2012, Paris, LexisNexis, p. 471, n° 373). L'expression est ainsi communément entendue dans la mesure où, en volume, l'essentiel des transferts de fonds s'effectue par le biais du système bancaire. D'ailleurs, *fonds transfer* est défini par le principal dictionnaire juridique américain comme *“the process by which payment is made through a series of transactions between computerized banking systems, beginning with a originator's payment order and ending when a final payment order is received by the beneficiary's bank”* (*Black's Law Dictionary*, 8th ed., 2004, Bryan A. Garner, p. 698).

4. Dans un contexte plus large tenant compte de l'ensemble des supports monétaires, le transfert de fonds désigne donc toute circulation de monnaie, que cette circulation soit physique (monnaie métallique ou fiduciaire), qu'elle emprunte le système bancaire (monnaie scripturale), qu'elle transite par des systèmes de paiements informels (par exemple, celui de la *Hawala* utilisé par certains travailleurs migrants et qui fonctionne par le biais d'un réseau d'agents de change) ou des systèmes monétaires privés et virtuels non régulés (par exemple, le système du *Bitcoin*). Ces deux dernières catégories de systèmes privés suscitent d'ailleurs l'intérêt des autorités publiques, car, à l'inverse du secteur bancaire, l'absence de surveillance publique peut faciliter la réalisation de transferts de fonds qui contournent les règles relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (V., par exemple, Banque de France, Les dangers liés au développement des monnaies virtuelles : l'exemple du Bitcoin, *Focus* n° 10, 5 déc. 2013, p. 3. – *European Banking Authority, Warning to Consumers on Virtual Currencies*, *EBA/WRG/2013/01*, 12 déc. 2013, p. 3).

3^o Caractère « international » du transfert de fonds

5. Le transfert de fonds est considéré comme international dès lors que l'expéditeur et le bénéficiaire du transfert (qui peuvent être la même personne) sont situés dans des États différents. L'internationalité de l'opération ne dépend donc pas de la nationalité des acteurs intervenant pour sa réalisation (expéditeur, bénéficiaire, intermédiaire financier, etc.) ou de la devise dans laquelle s'effectue le transfert. Une approche similaire a d'ailleurs été retenue par la CNUDCI afin de caractériser l'internationalité d'un virement dès lors que la « banque expéditrice et sa banque réceptrice sont situées dans des États différents » (loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, art. 1^{er}[1]. – V. aussi Annuaire de la CNUDCI, vol. XXII, 1991. 56 s.). L'existence

d'un mouvement monétaire transfrontière permet de caractériser un transfert international de fonds, et cette opération constitue donc un transfert de ressources financières de l'État d'origine vers l'État d'accueil.

B. – Transferts internationaux de fonds et souveraineté étatique

6. En droit international général, l'État est souverain en ce qui concerne le contrôle à ses frontières des flux financiers de la même façon que pour les flux de personnes, de marchandises et de services. Pour des raisons de politique économique, l'État peut estimer être dans son intérêt de contrôler et de restreindre la circulation aux frontières des ressources financières, en particulier celles quittant le territoire. La mise en œuvre d'un contrôle des changes ("*all enactments which control the movement of currency [...] for the purpose of protecting the financial resources of a country*") : GOLD, *Money in Public International Law*, Rec. cours La Haye, vol. 96, 1959-I, p. 56) est ainsi un attribut de la souveraineté monétaire de l'État. Cette dernière comprend d'ailleurs une facette interne (par exemple, le droit de déterminer sa monnaie ou de la dévaluer) et une facette externe (par exemple, le droit de mettre en œuvre un contrôle des changes ou celui d'interdire une monnaie étrangère sur son territoire. – PROCTOR, *Mann on the Legal Aspect of Money*, 7th ed., 2012, Oxford, Oxford University Press, p. 527).

7. La souveraineté monétaire de l'État implique donc que celui-ci est libre, sauf engagement international contraire, de définir unilatéralement les règles relatives aux transferts internationaux de fonds à l'origine ou à destination de son territoire.

C. – Historique

8. Historiquement, à l'exception d'un âge d'or de la libre circulation des capitaux entre le milieu du XIX^e siècle et le début de la Première Guerre mondiale, les restrictions ont été davantage la norme que l'exception. L'Angleterre avait ainsi interdit dès le XIII^e siècle l'importation de monnaies étrangères et émis des restrictions sur l'exportation des pièces et métaux anglais. Ce n'est qu'au début du XIX^e siècle que les restrictions en matière de contrôle des changes ont été progressivement levées (WAIBEL, *BIT by BIT: The Silent Liberalization of the Capital Account*, in BINDER et al. [Eds.], *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, 2009, New York, Oxford University Press, p. 497 s., spéc. p. 502 s. – DAVIES, *A History of Money From Ancient Times to the Present Day*, 3rd ed., 2002, Cardiff, University of Wales Press, p. 164 s. et p. 284 s.).

9. L'ère de libre circulation des capitaux et de libre convertibilité des monnaies prévalant pendant la révolution industrielle et qui avait pris fin avec la Première Guerre mondiale n'a pas été en tous points restaurée par le système monétaire international établi à Bretton Woods en 1944. Les règles multilatérales résultant des Statuts du FMI ont été établies afin de prévenir les politiques monétaires qui entravaient le commerce international, telles que celles qui prévalaient dans la période de l'entre-deux guerres. En se limitant à la libération des transactions internationales courantes et en excluant les mouvements de capitaux, les règles du FMI ne prescrivent pas une discipline applicable à l'ensemble des transferts internationaux de fonds (V. *infra*, n^{os} 14 s.).

D. – Absence de régime unifié

10. En droit international, il n'existe pas un régime unifié de règles applicables aux opérations de transferts internationaux de fonds. Il coexiste davantage plusieurs régimes libéralisant et régulant de telles opérations en fonction du cadre dans lequel le transfert a vocation à se réaliser (transaction courante, flux de capital ou opération d'investissement, etc.). Ces régimes – fragmentés, car multilatéraux pour certains, pluri- ou bilatéraux pour

d'autres – n'ont d'ailleurs pas vocation à appréhender l'ensemble des transferts internationaux de fonds, les règles existantes se rapportant en particulier aux opérations réalisées dans le cadre d'échanges économiques internationaux (commerce et investissement) et pas, par exemple, aux transferts réalisés dans un cadre familial ou, plus largement, personnel. Ainsi, la plupart des instruments internationaux contraignants actuellement en vigueur n'opèrent pas une libération de tous les transferts de fonds réalisés par les travailleurs migrants vers leur pays d'origine (en particulier les pays en développement. – V. toutefois *infra*, n^{os} 16 et 51). Il s'agit néanmoins d'un phénomène de grande ampleur aux implications économiques et sociales particulièrement significatives (FAINI, *Migrations et transferts de fonds – Impact sur les pays d'origine*, *Revue d'économie du développement*, vol. 21, n^o 2-3, 2007. 153 s.). Il n'est donc pas surprenant que de nombreux forums et institutions internationaux s'intéressent de près au développement de tels mécanismes de transfert de fonds, en particulier lorsque ces transferts se réalisent par le biais de mécanismes privés, informels ou virtuels. Il n'existe toutefois pas de discipline internationale établie en la matière (Banque mondiale, *Migration and Remittance Flows: Recent Trends and Outlook, 2013-2016, Migration and Development Brief* n^o 21, 2 oct. 2013. – OCDE, *Les transferts de fonds internationaux des émigrés et leur rôle dans le développement*, in *Perspectives des migrations internationales*, 2006, p. 149 s.).

E. – Délimitation et structure de l'étude

11. La présente étude se place non dans une perspective que l'on pourrait qualifier de microéconomique et se concentrant sur l'opération de transfert elle-même, mais davantage dans une optique macroéconomique de libéralisation, régulation et contrôle de la circulation des richesses entre États (V., sur cette distinction microéconomique/macroéconomique, CARREAU et JUILLARD, *Droit international économique*, 5^e éd., 2013, Paris, Dalloz, p. 3, n^{os} 6 s.). Dès lors, les règles de droit international privé relatives à la réalisation de ces opérations de transfert ne seront pas abordées (V., sur ces aspects, VASSEUR, article préc., *Rec. cours La Haye*, vol. 239, 1993. 117 s. – RADICATI DI BROZOLO, *Conflicts of Laws Issues of International Payments*, in GIOVANOLI (Ed.), *International Monetary Law – Issues for the New Millennium*, 2000, Oxford, Oxford University Press, p. 457 s. – KISS, *International Payments Law Reform: Introduction of Global Code of Payments, Banking & Finance Law Review*, vol. 25, n^o 3, 2010. 405 s.). Ne seront également pas abordés les aspects plus spécifiques des règles relatives aux transferts de fonds dans le cadre de l'Union européenne (UE. – V. not. *Rép. eur.*, v^o *Capitaux*).

12. Les règles internationales relatives à la libéralisation, la régulation et le contrôle des transferts internationaux de fonds se ventilent principalement en deux axes selon l'opération économique sous-jacente au transfert : celles, multilatérales et administrées principalement au sein du FMI, qui concernent les opérations de transfert réalisées en contrepartie d'une transaction internationale courante, en particulier commerciale (V. *infra*, n^{os} 13 s.) et celles, plurilatérales ou bilatérales, qui concernent les transferts réalisés dans le cadre d'opérations d'investissements ou de mouvements de capitaux (V. *infra*, n^{os} 32 s.).

SECTION 1^{re}

Transferts internationaux de fonds afférents aux transactions courantes (notamment commerciales)

13. Deux disciplines distinctes mais interdépendantes doivent ici être analysées : celle résultant des Statuts du FMI relative aux transferts de fonds afférents aux transactions courantes (V. *infra*, n^{os} 14 s.) et celle de l'OMC concernant les transferts de fonds afférents aux transactions commerciales (V. *infra*, n^{os} 26 s.).

ART. 1^{er}. – COMPÉTENCE DU FMI SUR LES TRANSFERTS
DE FONDS AFFÉRENTS AUX TRANSACTIONS COURANTES

14. Les Statuts du FMI prescrivent une libération des règlements relatifs aux transactions courantes (V. *infra*, n^{os} 15 s.) tout en admettant quelques restrictions strictement limitées (V. *infra*, n^{os} 20 s.).

§ 1^{er}. – *Libération des règlements
relatifs aux transactions courantes*

A. – Une libération nécessaire au système commercial multilatéral

15. L'ordre économique international établi à la suite de la Seconde Guerre mondiale reposait notamment sur deux piliers déjà envisagés définis dans la charte de l'Atlantique de 1941 : (1) une libéralisation progressive du commerce international des marchandises favorisée par (2) une discipline monétaire rigoureuse. Il n'était pas question, à l'époque, de mettre en œuvre une libéralisation et une discipline commune en matière de flux de capitaux (ARNER, *The Developing Discipline of International Financial Law*, in PICKER, BUNN & ARNER [Eds.], *International Economic Law – The State and Future of the Discipline*, 2008, Portland, Hart Publishing, p. 245 s., spéc. p. 246). Le pilier monétaire a donc été conçu comme un préalable nécessaire au système commercial multilatéral puisque le Fonds a, entre autres, pour but de « [f]aciliter l'expansion et l'accroissement harmonieux du commerce international » (Statuts du FMI, art. 1^{er}, ii). Le GATT de 1947 prescrivait d'ailleurs à ses parties contractantes de devenir membres du Fonds ou, à défaut, de conclure un accord spécial de change avec les parties contractantes (GATT, art. XV, 6). C'est dans ce contexte que le Fonds s'est vu assigner l'objectif « [d]'établir un système multilatéral de règlement des transactions courantes entre les États membres et [d]'éliminer les restrictions de change qui entravent le développement du commerce mondial » (Statuts du FMI, art. 1^{er}, iv). Les transferts internationaux de fonds afférents à des « transactions courantes » ont donc vocation à être libérés par le FMI, lequel contrôlera rigoureusement les éventuelles restrictions relatives à ces opérations financières.

B. – La notion de « transaction courante »

16. Les transactions courantes sont définies de façon négative par les Statuts du Fonds, en opposition avec les mouvements financiers constitutifs de flux de capitaux. Cette distinction se retrouve d'ailleurs traditionnellement dans la structure de la balance des paiements. L'approche retenue par les Statuts du Fonds manque néanmoins de clarté. Ceux-ci indiquent en effet que « [p]ar paiements pour transactions courantes, il faut entendre les paiements qui n'ont pas pour objet le transfert de capitaux » (art. XXX, d). Ils fournissent dans le même article une liste exemplative en indiquant que les paiements pour transactions courantes incluent notamment : « 1) tous les paiements dus au titre du commerce extérieur et des autres opérations courantes, y compris les services, ainsi que les facilités normales à court terme de banque et de crédit ; 2) les paiements dus au titre d'intérêts sur des prêts ou de revenus nets d'autres investissements ; 3) les paiements d'un montant modéré pour l'amortissement d'emprunts ou la dépréciation d'investissements directs ; et 4) les envois de fonds d'un montant modéré pour charges familiales ».

17. Les règlements relatifs aux transactions commerciales internationales sont donc couverts par les Statuts du FMI et les États membres ont l'obligation d'en assurer la libération. Cependant, certains des éléments intégrés dans les transactions courantes peuvent être appréhendés comme des mouvements de capitaux. C'est le cas, par exemple en comptabilité privée,

des amortissements d'emprunts. De même, la vente internationale d'une œuvre d'art sera traitée du point de vue d'un vendeur professionnel comme une transaction commerciale, mais elle pourra l'être comme un investissement du point de vue de l'acheteur (PROCTOR, *op. cit.*, p. 613).

18. Le Fonds n'a également jamais fixé de doctrine précise en ce qui concerne l'interprétation de l'expression « fonds d'un montant modéré pour charges familiales » et les États bénéficient d'une large marge d'appréciation pour la mise en œuvre de cette obligation qui doit permettre en particulier les transferts de fonds réalisés par les travailleurs migrants, étant entendu que celle-ci ne peut contraindre les États à libérer massivement les flux de capitaux (FMI, *Annual Report on Exchange Arrangements and Exchange Restrictions*, 2012, p. 67). Il ressort donc du texte de l'article XXX, d que l'obligation concerne principalement la libération des transferts de fonds afférents aux transactions commerciales internationales.

C. – Obligation de convertibilité

19. Afin d'assurer l'effectivité de la libération des paiements relatifs aux transactions courantes, les Statuts du Fonds imposent aux États membres une obligation de convertibilité des monnaies, laquelle comprend deux facettes. En premier lieu, en ce qui concerne la convertibilité qui est assurée par le marché, « [a]ucun État membre n'impose, sans l'approbation du Fonds, de restrictions à la réalisation des paiements et transferts afférents à des transactions internationales courantes » (Statuts du FMI, art. VIII, sect. 2, a. – V., sur ces aspects, PROCTOR, *op. cit.*, p. 615 s.). En second lieu, les Statuts du Fonds imposent aux États membres une obligation de convertibilité dans leur propre monnaie des avoirs détenus par d'autres États membres, dès lors que ces avoirs ont été acquis du fait de transactions courantes ou que leur conversion est nécessaire pour effectuer des paiements afférents à des transactions courantes (art. VIII, sect. 4).

§ 2. – *Restrictions aux transferts de fonds encadrées par le FMI*

A. – Régime dérogatoire de la période transitoire

20. Outre le régime de la monnaie « rare » (Statuts du FMI, art. VII) qui n'a jamais été mis en œuvre par le Fonds, le régime de la période transitoire résultant de l'article XIV des Statuts joue un rôle, certes dorénavant moins significatif qu'à une certaine époque, en matière de restrictions aux transferts afférents à des transactions internationales courantes (CARREAU et JUILLARD, *op. cit.*, p. 648 s.). Ce régime permet en effet aux États membres, lors de leur accession au FMI, de « maintenir et adapter aux changements de circonstances les restrictions aux paiements et transferts afférents à des transactions internationales courantes qui étaient en vigueur à la date à laquelle ils sont devenus membres » (Statuts du FMI, art. XIV, sect. 2).

21. Il n'implique toutefois pas que les membres bénéficiant de l'article XIV échappent à toute discipline, car le Fonds exerce une surveillance permanente sur ces mesures, en particulier par le biais des consultations de l'article IV. Les Statuts prévoient également que si, dans ce cadre, « l'État membre persiste à maintenir des restrictions incompatibles avec les buts du Fonds », il peut être déclaré irrecevable à utiliser les ressources du Fonds (art. XIV, sect. 3). Ce régime dérogatoire de l'article XIV tend d'ailleurs à décliner dans la mesure où, fin 2012, seuls 19 membres sur les 188 du FMI en bénéficiaient (FMI, *Annual Report...*, *op. cit.*, p. 33).

B. – Restrictions de droit commun

22. Les États membres ne relevant pas du régime transitoire de l'article XIV peuvent toutefois mettre en œuvre des restrictions

aux transferts internationaux de fonds. En premier lieu, il est reconnu aux membres le droit de prendre les mesures nécessaires pour régler les mouvements internationaux de capitaux, à condition que celles-ci ne soient pas appliquées « d'une manière qui aurait pour effet de restreindre les paiements au titre des transactions courantes » (art. VI, sect. 3).

23. Le Fonds a également adopté une décision relative à l'exception de sécurité permettant aux membres d'imposer des restrictions sur les paiements et règlements afférents aux transactions courantes dès lors qu'elles sont uniquement en rapport avec le maintien de la sécurité nationale ou internationale. Les membres doivent notifier de telles mesures au FMI, lequel pourra formuler des objections si *"it is not satisfied that such restrictions are proposed solely to preserve such security"* (Décis. n° 44-[52/51] du 14 août 1952, citée in FMI, *Selected Decisions and Selected Documents of the International Monetary Fund*, 36th ed., 2012, p. 585 s.).

24. De façon plus générale, l'article VIII(2), a interdit aux membres d'imposer des « restrictions à la réalisation des paiements et transferts afférents à des transactions internationales courantes ». Afin de déterminer ce qui constitue une telle restriction, le Fonds a eu l'occasion de préciser qu'il faut examiner si la mesure *"involves a direct governmental limitation on the availability or use of exchange as such"* (Décis. n° 1034-[60/27] du 1^{er} juin 1960, citée in FMI, *Selected Decisions...*, op. cit., p. 591).

25. Cette interdiction mérite toutefois d'être nuancée à trois points de vue. En premier lieu, l'interdiction n'est pas absolue, car de telles restrictions peuvent être approuvées par le Fonds (art. VIII, sect. 2, a), par exemple pour faire face à un problème concernant la balance des paiements. D'ailleurs, en pratique, elles sont adoptées par les États membres avant l'approbation du conseil d'administration du Fonds (V., par ex., FMI, *Annual Report...*, op. cit., p. 37 s.). En deuxième lieu, l'interdiction porte sur les mesures de restriction et pas sur les mesures de contrôle des changes. L'ensemble des procédures adoptées par les États (obligations de déclaration, procédures de vérification, etc.), qui peuvent ralentir ou différer les opérations de transferts de fonds, ne constituent pas des restrictions à moins qu'elles soient disproportionnées (PROCTOR, op. cit., p. 614 s.). En dernier lieu, l'interdiction des restrictions s'applique uniquement aux « paiements et transferts » et pas aux transactions courantes sous-jacentes. La mise en œuvre d'une licence d'importation ayant par exemple pour effet de limiter les transactions sur une marchandise constituerait un instrument commercial relevant de l'OMC et pas une restriction aux paiements et transferts.

ART. 2. – DISCIPLINES DE L'OMC RELATIVES AUX TRANSFERTS DE FONDS AFFÉRENTS AUX TRANSACTIONS COMMERCIALES

§ 1^{er}. – *Restrictions commerciales et équilibre de la balance des paiements*

26. Les transferts de fonds étant nécessaires à la réalisation des transactions commerciales internationales, et ces dernières étant susceptibles d'avoir un impact sur la balance des paiements des États, il n'est pas surprenant que les accords fondant le système commercial multilatéral tiennent compte des problèmes monétaires. Ainsi, les États membres de l'OMC ont la possibilité, sous certaines conditions substantielles et procédurales, autant au titre du GATT (Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, art. XII et XVIII, sect. B) que du GATS (c'est-à-dire de l'Accord général sur le commerce et les services [AGCS], art. XII), d'adopter des mesures commerciales

restrictives afin de protéger l'équilibre de leur balance des paiements. La plupart de ces mesures (par exemple, des restrictions quantitatives) sont toutefois de nature strictement commerciale et ne constituent pas, en elles-mêmes, des restrictions aux transferts de fonds internationaux (V., sur ces aspects, VAN DEN BOSSCHE & ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2013, Cambridge, Cambridge University Press, p. 636 s.).

§ 2. – *Déférence du GATT et du GATS envers le FMI sur les restrictions en matière de change*

27. D'autres dispositions des accords de l'OMC concernent toutefois spécifiquement non des mesures commerciales, mais des restrictions envisagées par l'article VIII, section 2, b des Statuts du FMI. L'article XV, 9 du GATT indique en effet : « Aucune des dispositions du présent Accord n'aura pour effet d'interdire (a) le recours, par une partie contractante, à des contrôles ou à des restrictions en matière de change qui seraient conformes aux Statuts du [FMI] [...] ». Dans le cadre de la seule affaire ayant eu jusqu'alors à aborder de façon approfondie cette disposition du GATT, le groupe spécial saisi a fait montre d'une certaine déférence envers le FMI (V., pour la pratique du GATT relative à cet article, OMC, *GATT Analytical Index – Guide to GATT Law and Practice*, 3rd ed., 2012, p. 438 s.). Dans l'affaire « République dominicaine – Mesures affectant l'importation et la vente de cigarettes sur le marché intérieur » (WT/DS302/R, Rapport du Groupe spécial du 26 nov. 2004), le Honduras contestait une commission de change sur les importations de 10 % et la question se posait de savoir si la République dominicaine pouvait se prévaloir de l'exception prévue par l'article XV, 9.

28. Au-delà de la conclusion à laquelle le groupe spécial a abouti, il est intéressant de noter que celui-ci s'est, dans une large mesure, reposé sur les disciplines fixées par le FMI. Ainsi, pour déterminer si la mesure contestée constituait une restriction en matière de change, il a été fait mention de la décision du Conseil d'administration du Fonds de 1960 (V. *supra*, n° 24) indiquant qu'une mesure est une restriction de change « si elle constitue une limitation officielle directe affectant l'obtention ou l'utilisation des devises comme telles ». Le groupe spécial a aussi souligné que « le principe de base que le FMI a défini comme critère pour déterminer ce qui constitue une "restriction en matière de change" devrait être respecté par le présent Groupe spécial [qui] devrait appliquer ce critère dans son évaluation de la mesure dont il est saisi » (WT/DS302/R, Rapport préc., § 7.132). Après avoir déterminé que la mesure contestée ne s'appliquait qu'aux importations et ne restreignait pas l'utilisation des devises, le groupe spécial a toutefois cherché à conforter son analyse en sollicitant l'avis du FMI dont le conseiller juridique a indiqué que « la commission de change [...] constitue une condition à l'importation des marchandises et le montant à payer est fondé sur la valeur c.a.f. des marchandises importées (et non sur le montant des devises vendues à l'importateur pour le paiement des marchandises). En tant que telle, elle ne constitue pas une pratique de taux de change multiples ni une restriction en matière de change malgré sa dénomination », permettant au Groupe spécial de conclure que la mesure dominicaine « ne constitue pas une "restriction en matière de change" au sens de l'article XV(9) a) du GATT » (Rapport préc., WT/DS302/R, § 7.144-7.145). La République dominicaine ne peut donc se prévaloir de cette exception.

§ 3. – *Obligation de libération des paiements et transferts dans le cadre du GATS*

29. Le GATS comprend une disposition spécifique relative aux transferts de fonds. Son article XI, 1 indique en effet « [qu']un Membre n'appliquera pas de restrictions aux transferts et paiements internationaux concernant les transactions courantes

ayant un rapport avec ses engagements spécifiques ». Cette obligation de libération s'applique aussi bien aux mouvements de capitaux (V. *infra*, n^{os} 33 s.) qu'aux paiements afférents à des transactions commerciales (par exemple, prestation de services fournie selon le mode de fourniture transfrontière [GATS, art. IV, 2, a]). Elle ne s'applique toutefois que dans le cadre des engagements spécifiques de libéralisation des services qui ont été pris par les États membres. Il ne s'agit donc nullement d'une obligation générale engageant l'ensemble des États membres de l'OMC telle que celle découlant de l'article VIII, section 2, des Statuts du FMI (V., sur ces aspects, CHRIST & PANIZZON, *Article XI GATS*, in WOLFRUM, STOLL & FEINÄUGLE [Eds.], *WTO – Trade in Services*, 2008, Leiden, Martinus Nijhoff, p. 245 s., spéc. p. 249 s.).

30. Un groupe spécial a eu l'occasion de préciser « que l'article XI joue un rôle crucial pour garantir la valeur des engagements spécifiques contractés par les Membres au titre de l'AGCS », laquelle « serait gravement compromise si les Membres pouvaient restreindre les transferts et paiements internationaux concernant les transactions de services dans les secteurs inscrits dans une liste » (États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris, WT/DS/205/R, Rapport du Groupe spécial du 10 nov. 2004, § 6.442). Néanmoins, le groupe spécial a également considéré dans la même affaire que « l'article XI n'empêche pas les Membres de réglementer l'utilisation des instruments financiers, comme les cartes de crédit, à condition que ces réglementations soient compatibles avec les autres dispositions pertinentes de l'AGCS » (Rapport préc.). L'exigence de libération des paiements et transferts dans le cadre du GATS n'emporte pas donc interdiction de toute réglementation de ces opérations, à l'instar de ce qui existe pour le FMI (V. *supra*, n^o 25).

31. Relevons également que les opérations de paiement relatives à certaines transactions courantes dans le domaine des services sont également couvertes par le Code de la libération des opérations invisibles courantes de l'OCDE (V. *infra*, n^{os} 49 s.).

SECTION 2

Transferts internationaux de fonds constitutifs de mouvements de capitaux

32. Les disciplines multilatérales relatives aux mouvements de capitaux restent fragmentaires (V. *infra*, n^{os} 33 s.) et ce sont davantage des mécanismes plurilatéraux (notamment au sein de l'OCDE) et bilatéraux (par le biais des accords internationaux sur l'investissement étranger) qui appréhendent de façon plus compréhensive l'encadrement des transferts internationaux de fonds constitutifs de mouvements de capitaux (V. *infra*, n^{os} 48 s.).

ART. 1^{er}. – UN CADRE MULTILATÉRAL FRAGMENTAIRE

33. Il faut ici distinguer la compétence périphérique et limitée que le FMI s'est progressivement arrogée (V. *infra*, n^{os} 34 s.) des règles plus spécifiques du GATS pour lesquelles une libération des mouvements de capitaux est nécessaire à la libéralisation internationale du commerce des services (V. *infra*, n^{os} 38 s.).

§ 1^{er}. – Une compétence dérivée à l'échelon du FMI

A. – Absence de compétence en matière de libération

34. Si certaines opérations, qui peuvent être appréhendées économiquement comme impliquant un flux de capital, sont intégrées par les Statuts du FMI dans la catégorie des transactions courantes pour lesquelles il ne peut y avoir de restriction, le

Fonds n'a pas, aux termes de son acte constitutif, de compétence afin d'assurer une libération des mouvements de capitaux. D'ailleurs, son acte constitutif précise que les États membres « peuvent prendre les mesures de contrôle nécessaires pour régler les mouvements internationaux de capitaux » (art. VI, sect. 3). Aussi, l'obligation de convertibilité ne s'applique pas à de tels mouvements (PROCTOR, *op. cit.*, p. 612 s.) de même que l'interdiction des taux de change multiples (Décis. n^o 8648-[87/104] du 17 juill. 1987, citée in FMI, *Selected Decisions...*, *op. cit.*, p. 606 s.).

35. Quelques propositions d'amendement des Statuts ont été formulées afin d'offrir cette compétence au Fonds. En particulier, le conseil d'administration du Fonds avait recommandé en 1997 l'adoption d'un amendement destiné à faire de la libération des mouvements de capitaux un des objectifs du Fonds, mais cette proposition n'a pas abouti (GIANVITI, *Liberalization of Capital Movements: A Possible Role for the IMF*, in *Current Developments in Monetary and Financial Law*, 2003, Washington DC, FMI, p. 217 s., spéc. p. 220 s.).

B. – Développement d'une compétence périphérique

36. Au-delà de la dichotomie stricte que semblent établir les Statuts entre règlements des transactions courantes et mouvements de capitaux, le Fonds a, par le biais de ses diverses activités, intégré progressivement à ses missions la question du contrôle des flux de capitaux. Le second amendement aux Statuts du FMI de 1978, qui a acté la fin du système de taux de change fixes, est venu instaurer une obligation de coopération des États membres avec le Fonds afin « de promouvoir un système de taux de change stable » (art. V, sect. 1^{re}), et c'est dans ce cadre qu'ils reconnaissent que « le but essentiel du système monétaire international [et non pas du FMI] est de fournir un cadre qui facilite les échanges de biens, de services et de capitaux entre nations » (même art.).

37. La discipline imposée par le Fonds doit donc se comprendre non comme imposant une libération des flux de capitaux, mais comme promouvant une stabilité monétaire et financière permettant de garantir la circulation ordonnée de ces derniers (V., sur ces aspects, LICHTENSTEIN, *International Jurisdiction Over Capital Flows and the Role of the IMF: Plus ça change...*, in GIOVANOLI [Ed.], *International Monetary Law – Issues for the New Millennium*, 2000, Oxford, Oxford University Press, p. 61 s., spéc. p. 71 s.). C'est dans ce cadre que le FMI a cherché à influencer les politiques des États membres en matière de libération des flux de capitaux, en particulier par le biais de sa fonction de surveillance et de la conditionnalité pour l'obtention de son assistance financière. En ce sens, la compétence du FMI sur les mouvements de capitaux reste périphérique (FMI, *The Fund's Role Regarding Cross-Border Capital Flows*, 15 nov. 2010, p. 17 s. – V. aussi Décis. BUFF/10/181 du 12 déc. 2010 ; BUFF/11/50 du 31 mars 2011 ; BUFF/11/146 du 18 nov. 2011, citées in FMI, *Selected Decisions...*, *op. cit.*, p. 54 s.).

§ 2. – Un cadre multilatéral partiel par le biais du GATS

A. – Une libération subordonnée à des engagements spécifiques

38. Le GATS comprend principalement deux catégories d'obligations : les « engagements spécifiques » (partie III) qui s'appliquent aux États membres qui ont pris des engagements de libéralisation dans le secteur des services et les « obligations et disciplines générales » (partie II) qui s'appliquent à l'ensemble des États membres de l'OMC, même ceux qui n'ont pas pris de tels engagements. À titre d'illustration, l'article II du GATS (Traitement de la nation la plus favorisée) constitue une obligation générale venant sanctionner un membre qui libéraliserait directement certains services avec un ou plusieurs autres États sans

en étendre le bénéfice aux autres membres de l'OMC (sauf exception d'intégration économique de l'article V. – MAVROIDIS, BERMANN & WU, *The Law of the World Trade Organization*, 2010, St Paul, West, p. 761 s.).

39. Les disciplines du GATS ne s'appliquant qu'aux États membres ayant adopté des engagements spécifiques, leur portée multilatérale s'avère partielle dans la mesure où elles ne seraient applicables à tous les États membres de l'OMC indépendamment de leurs engagements que s'ils contrevenaient au traitement de la nation la plus favorisée. Les règles multilatérales du GATS intéressant la libération et le contrôle des mouvements de capitaux doivent donc être entendues comme s'appliquant avant tout aux États membres ayant pris des engagements de libéralisation, en particulier ceux concernant le Mode 1 (mode transfrontière de l'article I, 2, a) et le Mode 3 (présence commerciale de l'article I, 2, c).

B. – Libération des mouvements de capitaux dans le cadre du Mode 1

40. L'article I, 2, a du GATS définit le Mode 1 de prestation de services comme la fourniture d'un service « en provenance du territoire d'un Membre et à destination du territoire de tout autre Membre ». C'est, par exemple, le cas de la libéralisation engagée par un membre en matière de services bancaires qui permet à ses résidents d'effectuer des dépôts dans des établissements bancaires situés à l'étranger. Une telle activité implique toutefois que l'État en question ne pose pas d'obstacle à la sortie de capitaux de son territoire afin d'assurer l'effectivité de l'engagement. C'est en ce sens que la note de bas de page 8 de l'article XVI, 1 prévoit que, « [s]i un Membre contracte un engagement en matière d'accès aux marchés en relation avec la fourniture d'un service suivant le mode de fourniture visé à l'alinéa 2 a) de l'article premier et si le mouvement transfrontières de capitaux constitue une partie essentielle du service lui-même, ledit Membre s'engage par là à permettre ce mouvement de capitaux ». Cette disposition, équivalente à celle de l'article XI, 1 concernant les paiements (V. *supra*, n° 29), constitue ainsi une obligation internationale de l'État de libérer les mouvements de capitaux, mais uniquement dans la mesure où ceux-ci sont nécessaires à la prestation de services.

C. – Libération des mouvements de capitaux dans le cadre du Mode 3

41. L'article I, 2, c du GATS définit le Mode 3 comme 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 ». La notion de « présence commerciale » est plus spécifiquement définie comme s'entendant « 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 » (art. XXVIII, d). Par exemple, un État libéralisant les services bancaires par le biais du Mode 3 permettrait la constitution d'un établissement bancaire sur son territoire par le ressortissant d'un autre État membre. Cette activité implique donc que le prestataire ressortissant étranger puisse opérer des mouvements de capitaux vers l'État membre ayant pris des engagements de libéralisation afin de pouvoir y établir son activité.

42. Dans le cadre du Mode 1, l'article XVI, 1 du GATS permet de libérer les mouvements de capitaux dans la mesure où ils constituent, selon la note de bas de page à cet article, « une partie essentielle du service lui-même ». Dans le cadre du Mode 3, le même article permet de libérer les mouvements de capitaux afin de permettre l'établissement de l'activité de services. En ce

sens, il indique que « [s]i un Membre contracte un engagement en matière d'accès aux marchés en relation avec la fourniture d'un service suivant le mode de fourniture visé à l'alinéa 2 c) de l'article premier [Mode 3], il s'engage par là à permettre les transferts de capitaux connexes vers son territoire ». Il faut relever que l'article XVI, 1 ne s'applique pas aux Modes 2 et 4 et les États membres peuvent donc maintenir dans ces cadres des restrictions aux transferts de fonds.

D. – Distinction entre les Modes 1 et 3

43. Il est important de relever que l'article XVI, 1 du GATS implique une obligation de libération des mouvements de capitaux variable selon qu'on se place dans le cadre du Mode 1 ou du Mode 3. Dans le premier cas, les entrées et les sorties de capitaux sont couvertes (par exemple la possibilité de faire un dépôt et de le retirer) alors que, dans le second, seules sont concernées les entrées de capitaux vers le territoire (« les transferts de capitaux connexes vers son territoire »). Dès lors, si le GATS permet, par le biais d'une libéralisation des services, d'assurer une libération des entrées de capitaux nécessaires à la réalisation de l'investissement, il ne comporte aucun droit pour le prestataire de services étranger de rapatrier ces fonds ou les profits qu'ils ont générés (DELIMATSIS & MOLINUEVO, *Article XVI GATS*, in WOLFRUM, STOLL & FEINÄUGLE [Eds.], *WTO – Trade in Services*, 2008, Leiden, Martinus Nijhoff, p. 367 s., spéc. p. 373). En ce sens, l'article XVI, 1 du GATS a une portée moins large que la « clause de transfert » qu'on retrouve habituellement au sein des traités bilatéraux relatifs à la protection et la promotion des investissements étrangers, et qui inclut généralement le rapatriement des fonds (sur ces aspects, V. *infra*, n°s 51 s. – V. *Investissements*).

E. – Exceptions

44. Aux termes du GATS, un État membre ne peut imposer « de restrictions à des transactions en capital d'une manière incompatible avec les engagements spécifiques qu'il aura pris en ce qui concerne ces transactions » (art. XI, 2). Trois exceptions sont toutefois envisagées par cet accord : deux applicables à tous les services (restrictions exigées par le FMI ou visant à protéger la balance des paiements) et une applicable aux seuls services financiers (exception prudentielle).

45. En premier lieu, les restrictions aux transactions en capital qui sont mises en œuvre à la demande du FMI ne constituent pas une violation de l'article XI, 2 du GATS. De telles demandes peuvent être formulées par le Fonds dès lors que l'État bénéficie de son assistance financière (Statuts du FMI, art. VI, sect 1, a). Cette disposition n'a pas encore fait l'objet d'une contestation dans le cadre d'un différend soumis à l'OMC. On peut néanmoins supposer que, dans cette hypothèse, les juridictions de l'OMC devraient faire montre d'une certaine déférence envers les délibérations du FMI, à l'instar de ce qui a été décidé par le groupe spécial, dans l'affaire « République dominicaine – Cigarettes », à propos de l'article XV, 9 du GATT (V. *supra*, n° 24).

46. En deuxième lieu, l'article XII du GATS précise qu'un État membre « pourra adopter ou maintenir des restrictions au commerce de services pour lesquels il aura contracté des engagements spécifiques, y compris aux paiements ou transferts pour les transactions liées à de tels engagements » dans l'hypothèse où « sa balance des paiements et sa situation financière extérieure posent ou menacent de poser de graves difficultés ». La mise en œuvre de cette exception est subordonnée au respect de certaines conditions de fond (non-discrimination, nécessité, caractère temporaire, etc.) et de procédure (notification, consultations, etc.) afin de prévenir les abus et limiter son effet sur les

autres États membres (GATS, art. XII, 2 à 6. – VITERBO, *How to Make the GATS a Code of Conduct for Capital Controls*, in *Capital Account Regulations and the Trading System: A Compatibility Review*, Pardee Center Task Force Report, 2013, Boston, Boston University, p. 13 s., spéc. p. 16 s.).

47. En troisième et dernier lieu, il convient de préciser que l'Annexe sur les services financiers inclut une exception prudentielle précisant qu'un État membre « ne sera pas empêché de prendre des mesures pour des raisons prudentielles, y compris [...] pour assurer l'intégrité et la stabilité du système financier » (GATS, Ann. sur les services financiers, art. 2, a). Cette exception a un champ d'application limité, car elle ne peut être invoquée que dans le cadre de « mesures qui affectent la fourniture de services financiers » (Ann. sur les services financiers, art. 1^{er}, a). Elle présente toutefois un intérêt particulier compte tenu du caractère évolutif de l'interprétation qui pourra être faite de l'expression « raisons prudentielles ». En effet, alors que la réglementation prudentielle s'est longtemps limitée au contrôle de la situation individuelle des institutions financières, les réformes engagées à la suite de la crise de 2008 ont mis l'accent sur la dimension macroprudentielle et la prise en compte du risque systémique. À l'aune de ces évolutions, des restrictions sur les transferts de capitaux qui présentent un caractère davantage macroéconomique pourraient donc se justifier (GARI, *GATS Disciplines on Capital Transfers and Short-Term Capital Inflows: Time for Change?*, *Journal of International Economic Law*, vol. 17, 2014. 399 s., spéc. p. 422).

ART. 2. – DÉVELOPPEMENT D'UN CADRE BI- ET PLURILATÉRAL

48. S'il n'existe pas de discipline multilatérale qui appréhende de façon compréhensive l'encadrement des mouvements de capitaux, des mécanismes plurilatéraux et bilatéraux se sont néanmoins développés. Il s'agit en particulier des codes de libération de l'OCDE dans un contexte plurilatéral (V. *infra*, n^{os} 49 s.) et des accords internationaux sur l'investissement étranger dans un contexte bilatéral (V. *infra*, n^{os} 57 s.).

§ 1^{er}. – Instruments de l'OCDE

A. – Codes de libération de l'OCDE

49. La Convention relative à l'OCDE du 14 décembre 1960 enjoint les membres de l'organisation à « poursuivre leurs efforts en vue de réduire ou de supprimer les obstacles aux échanges de biens et de services, ainsi qu'aux paiements courants, et de maintenir et étendre la libération des mouvements de capitaux » (art. 2, d). C'est sur ce fondement que le Conseil de l'OCDE a adopté deux « codes » (le Code de la libération des mouvements de capitaux et le Code de la libération des opérations invisibles courantes) qui ont force obligatoire pour les États membres et qui sont ouverts à l'adhésion des pays non-membres de l'Organisation (OCDE, Codes de l'OCDE de la libéralisation des mouvements et des opérations invisibles courantes. Guide de référence, 2007, p. 8. – Ces deux codes sont disponibles sur le site internet de l'OCDE : www.oecd.org). Ces pays non-membres ont d'ailleurs été inclus dans l'instance de l'organisation chargée d'administrer ces instruments (V. Décis. C[2012]88/REV2 du 28 juin 2012 du Conseil sur la gouvernance des Codes de la libération des mouvements de capitaux, OCDE/C[61]96, mod., et des opérations invisibles courantes, OCDE/C[61]95, mod.).

B. – Un champ d'application large

50. Ces deux instruments assurent une vaste libération des mouvements de capitaux, et leur champ d'application est plus

étendu que ceux du GATS (V. *supra*, n^{os} 38 s.) et de la plupart des traités relatifs à la promotion et à la protection des investissements étrangers (V. *infra*, n^{os} 57 s. – CNUCED, *Transfer of Funds. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, 2000, Geneva, United Nations, p. 18 s.). Par ces deux codes, les États s'engagent, entre autres, à supprimer les restrictions aux transferts de fonds afférents à un ensemble d'opérations économiques listées dans les annexes de chaque instrument (V. les art. 1^{er} [« engagements généraux »] et 2 [« mesures de libération »] de chaque instrument).

51. Les transferts de fonds libérés par le code relatif aux mouvements de capitaux concernent non seulement les flux relatifs à des opérations d'investissement direct (aussi bien pour la constitution de l'investissement que pour sa liquidation), mais aussi des opérations sur titres sur le marché de capitaux ou marché monétaire, des transactions immobilières, des opérations à caractère personnel (dons, successions) et d'autres opérations listées à l'annexe A du Code. Une distinction est réalisée entre les mouvements de capitaux de la « Liste A » et ceux de la « Liste B », en particulier, car les États membres peuvent formuler des réserves relatives aux obligations de libération « à tout moment quand il s'agit d'une rubrique de la Liste B » (Code de la libération des mouvements de capitaux, art. 2, b, iv).

52. Le code relatif aux opérations invisibles courantes couvre quant à lui des transferts relatifs à des transactions commerciales dans le domaine des services (par exemple, dans les secteurs des transports, des assurances, des voyages et du tourisme, etc.) qui peuvent trouver leur équivalent dans le cadre du GATS, mais également des transferts constitutifs de mouvements de capitaux qui ne sont pas nécessairement couverts par ce dernier (par exemple, les revenus de capitaux, les transferts de revenus et dépenses à caractère personnel, etc. – V. Code de la libération des opérations invisibles courantes, Ann. A). La logique de libéralisation des codes de l'OCDE (*top-down*) est d'ailleurs distincte de celle du GATS (*bottom-up*).

C. – Exceptions

53. Outre les réserves qui peuvent être formulées, deux types de situations sont envisagés par ces deux instruments de l'OCDE afin de permettre aux États, dans certaines circonstances, de poser des restrictions aux engagements de libération qui ont été pris.

54. En premier lieu, l'article 3 commun aux deux codes prévoit une exception permettant aux membres de prendre les mesures nécessaires au maintien de l'ordre public, à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité ou à l'exécution de ses obligations concernant la paix et la sécurité internationales. La mise en œuvre de l'exception de sécurité nationale a par exemple fait l'objet de débats au sein de l'OCDE qui a eu l'occasion de préciser sa doctrine en ce qui concerne les investissements souverains étrangers (BISMUTH, Les fonds souverains face au droit international. Panorama des problèmes juridiques posés par des investisseurs peu ordinaires, AFDI 2010. 595 s.).

55. En second lieu, l'article 7 des deux codes prévoit que l'État peut ne pas se conformer aux mesures de libération exigées « si sa situation économique et financière le justifie » (art. 7, a), « si les mesures de libération prises ou maintenues [...] provoquent de graves troubles économiques » ou financiers (art. 7, b) ou si sa « balance globale des paiements [...] évolue défavorablement à une cadence et dans des circonstances, notamment l'état de ses réserves monétaires, qui lui paraissent dangereuses » (art. 7, c). Les restrictions imposées en réponse à une dégradation de la balance des paiements sont toutefois temporaires

et soumises à certaines exigences procédurales, puisqu'elles doivent être promptement notifiées à l'OCDE qui examinera la situation du membre qui invoque le bénéfice de cette exception (art. 7, d. – V. égal. CNUCED, *op. cit.*, p. 22 s.).

D. – Spécificité de la mise en œuvre

56. Alors qu'elles bénéficient en premier lieu aux acteurs privés, dans la mesure où elles créent un climat favorable aux activités économiques et aux investissements étrangers, les dispositions de ces deux instruments de l'OCDE constituent des obligations interétatiques. Seuls les États membres de l'Organisation ou ceux ayant adhéré aux codes peuvent saisir le Comité de l'investissement de l'OCDE qui surveille la mise en œuvre de ces deux instruments. Les codes ne créent ainsi pas de droits dans le chef des particuliers, et ils ne peuvent être invoqués par ces derniers devant une instance arbitrale comme pour les traités relatifs aux investissements étrangers (OCDE, Codes..., *op. cit.*, p. 13 s. – V. *infra*, n^{os} 57 s.).

§ 2. – Accords internationaux sur l'investissement étranger

A. – La « clause de transfert »

57. Les accords internationaux relatifs à la promotion et à la protection des investissements étrangers – qui peuvent prendre la forme de traités bilatéraux (TBI), d'accords régionaux (tel que le Traité sur la Charte de l'énergie de 1997) ou de chapitre sur l'investissement inclus dans des accords plus larges de libre-échange (par exemple, l'Accord de libre-échange nord-américain [ALENA]) – comprennent traditionnellement des dispositions spécifiques relatives aux transferts de fonds et, plus spécifiquement, aux mouvements de capitaux. En effet, ces instruments doivent notamment garantir à l'investisseur de pouvoir réaliser les transferts de fonds nécessaires à la réalisation de son investissement dans le pays d'accueil, à l'acquisition de matières premières, marchandises ou services pour les besoins de son activité et au rapatriement des fruits de son investissement dans le pays d'origine (KOLO & WÄLDE, *Economic Crises, Capital Transfer Restrictions and Investor Protection Under Modern Investment Treaties*, *Capital Markets Law Journal*, vol. 3, n^o 2, 2008. 154 s., spéc. p. 161).

58. Tel que le souligne le tribunal arbitral statuant dans l'affaire « Continental Casualty c/ Argentine » : *"This type of provision is a standard feature of BITs : the guarantee that a foreign investor shall be able to remit from the investment country the income produced, the reimbursement of any financing received or royalty payment due, and the value of the investment made, plus any accrued capital gain, in case of sale or liquidation, is fundamental to the freedom to make a foreign investment and an essential element of the promotional role of BITs"* (Sent. arb. CIRDI [sigle anglais : ICSID] n^o ARB/03/9 du 5 sept. 2008, Continental Casualty Co. c/ The Argentine Republic, § 239).

59. Relevons toutefois que, contrairement au cadre défini par les listes d'engagements du GATS (V. *supra*, n^{os} 38 s.), une grande majorité de ces accords (à l'exception notable des modèles américain et canadien) ne garantit pas le traitement national au stade de l'admission des investissements et que, dans cette hypothèse, les transferts de fonds ne sont libérés qu'à la réalisation de l'investissement conformément aux règles de l'État d'accueil.

60. Les dispositions relatives aux transferts de fonds sont habituellement intégrées au sein de ces accords internationaux sur l'investissement étranger par le biais d'une « clause de transfert ». Compte tenu de la diversité de la pratique conventionnelle en ce qui concerne la rédaction de ces clauses, seuls quelques éléments relatifs aux types de transferts protégés

(V. *infra*, n^{os} 61 s.) et de restrictions envisagées (V. *infra*, n^{os} 66 s.) seront mentionnés.

B. – Types de transferts protégés

61. Ces accords ne procèdent pas à une libération complète des mouvements des transferts de fonds entre les États parties, mais seulement de ceux qui présentent un lien avec les investissements couverts par ces accords. Dans ce cadre, peuvent être distingués, d'une part, les transferts entrants au sein du pays hôte (*inward transfer*), nécessaires à la constitution de l'investissement ou à son financement (par exemple, dans le cadre d'une augmentation de capital) et, d'autre part, les transferts sortants (*outward transfer*), nécessaires par exemple au rapatriement au sein du pays d'origine des profits issus de l'investissement ou au remboursement des prêts contractés pour la réalisation de celui-ci.

62. Ces accords procèdent par liste exemplative ou par liste limitative. Ainsi, le Traité conclu le 2 juillet 2001 entre la France et le Venezuela sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (JO 30 avr. 2004) relève de la seconde catégorie en indiquant dans son article 6 (« Libre transfert ») que « [c]haque Partie contractante, sur le territoire ou dans la zone maritime de laquelle des investissements ont été effectués par des nationaux ou sociétés de l'autre Partie contractante, accorde à ces nationaux ou sociétés le libre transfert : a) Des intérêts, dividendes, bénéfices et autres revenus courants ; b) Des redevances découlant des droits incorporels [...] ; c) Des versements effectués pour le remboursement des emprunts régulièrement contractés ; d) Du produit de la cession ou de la liquidation totale ou partielle de l'investissement, y compris les plus-values du capital investi ; e) Des indemnités d'expropriation ou de perte [...] ; f) Des rémunérations des nationaux de chacune des Parties contractantes qui ont été autorisés à travailler sur le territoire ou dans la zone maritime de l'autre Partie contractante, au titre d'un investissement ». Le Traité entre les États-Unis et l'Argentine de 1991 procède par liste exemplative en indiquant (art. V) : *"Each Party shall permit all transfers related to an investment to be made freely and without delay into and out of its territory. Such transfers include : [...]"*.

63. Le tribunal arbitral statuant dans l'affaire « Continental Casualty c/ Argentine » a toutefois considéré qu'une telle liste exemplative fournissait une *guidance* utile, afin de déterminer que des transferts par l'investisseur de ses fonds disponibles destinés à éviter les effets d'une dévaluation imminente n'entraient pas dans les catégories visées par cet article. Le tribunal a relevé à cet égard : *"[t]he transfer did not correspond to, nor was it required to satisfy any payment obligation [...], commercial, financial or other ; nor would it involve the transfer of ownership of the funds involved to some different entity. It was clearly a legitimate operation from a business point of view, permissible under the convertibility regime of Argentina until the Corralito. This does not mean that it would fall within the 'transfers related to an investment' under Art. V"* (Sent. arb. CIRDI du 5 sept. 2008, Continental Casualty Co. c/ The Argentine Republic, préc. *supra*, n^o 58, § 242).

C. – Exigences procédurales

64. La question se pose de savoir si certaines exigences procédurales (obligation de déclaration, demande d'autorisation, etc.), prévues par la réglementation nationale et nécessaires à la réalisation de certains transferts, constituent en elles-mêmes une violation de la clause de transfert généralement insérée dans les accords internationaux sur l'investissement étranger.

65. Dans l'affaire « Metalpar c/ Argentine », les investisseurs s'étaient vu opposer un refus de leur banque pour la réalisation

d'un transfert de fonds à l'étranger au profit des actionnaires. Ils n'avaient en effet pas sollicité une autorisation préalable, qui avait été mise en œuvre par une nouvelle réglementation de 2001 et devant être fournie par la banque centrale argentine. En réponse à la question de savoir si cette autorisation constituait une violation de la clause de libre transfert des fonds figurant au sein du TBI conclu entre l'Argentine et le Chili, le tribunal arbitral a considéré que "[c]laimants, who knew the regulations on this matter well [...] did not comply with the established procedure, which consisted of requesting authorization from the Central Bank, not BankBoston, and that Argentina did not breach article 5(b) of the BIT, which guarantees the transfer of funds abroad" (Sent. arb. CIRDI n° ARB/03/5 du 6 juin 2008, Metalpar SA and Buen Aire SA. c/ The Argentine Republic, §179). L'existence d'exigences procédurales conditionnant la réalisation des transferts de fonds ne paraît donc pas constituer en soi une violation des accords d'investissement, bien évidemment dès lors que leur mise en œuvre ne constitue pas un obstacle au libre transfert des fonds présentant un lien avec les investissements qui entrent dans le champ d'application de ces accords.

D. – Exceptions

66. La liberté de transfert reconnue par les accords internationaux sur l'investissement étranger n'est pas absolue, et plusieurs types de restrictions peuvent être intégrés au sein de ces derniers. La pratique conventionnelle est toutefois erratique de ce point de vue, et même parfois en ce qui concerne les TBI conclus par un même État.

67. Ainsi, la clause de transfert insérée dans l'Accord entre la France et le Venezuela (préc. *supra*, n° 62) ne fait que lister les types de transferts bénéficiant de la protection de l'accord sans indiquer la moindre exception (art. 6). Celle intégrée dans celui conclu le 12 décembre 2003 entre la France et la Bosnie-Herzégovine (JO 12 avr.) prévoit quant à elle que, « [s]i, dans des circonstances exceptionnelles, des mouvements de capitaux en provenance ou à destination de pays tiers provoquent ou risquent de provoquer un grave déséquilibre de sa balance des paiements, chaque Partie contractante peut temporairement appliquer des mesures de sauvegarde aux transferts, à condition que ces mesures soient strictement nécessaires, imposées sur une base équitable, non discriminatoire et de bonne foi et que leur durée ne dépasse en aucun cas six mois » (art. 7, al. 5).

68. L'exception relative à l'équilibre de la balance des paiements, qui se retrouve notamment dans le cadre du GATS (V. *supra*, nos 26 et 46) ou des codes de l'OCDE (V. *supra*, n° 55), n'est que ponctuellement intégrée au sein des TBI. Elle reste ainsi absente du dernier modèle de TBI américain de 2012 qui indique (art. 7.2) les uniques circonstances dans lesquelles des restrictions aux transferts de fonds pourront être établies de bonne foi et sur une base non discriminatoire (procédures de faillite ou d'insolvabilité, protection des créanciers, exécution des jugements, etc.). Elle était également absente du projet d'Accord multilatéral sur l'investissement (AMI) négocié sous les auspices

de l'OCDE (art. IV, 4). La question de l'insertion d'une clause « balance des paiements » s'est toutefois posée dans le cadre de la discussion relative au contenu de la clause de transfert, en particulier dans la mesure où une telle disposition permet à l'État concerné de contrôler les transferts de fonds dans un contexte de crise économique (KARL, *Investment Protection, in The Multilateral Agreement on Investment – State of Play as of February 1997*, OCDE/GD[97]38, 1997, OCDE, p. 16).

69. La pratique est également hétérogène en ce qui concerne la dernière génération d'accords de libre-échange (ALE). Ceux-ci intègrent ensemble les disciplines relatives au commerce et celles relatives à l'investissement, et traitent donc à la fois des mouvements de capitaux et des règlements des transactions courantes. Ainsi, la clause de *Transfers and Payments* de l'ALE conclu entre les États-Unis et Singapour (entré en vigueur en 2004) n'inclut pas d'exception relative à l'équilibre de la balance des paiements (art. 8.10). Le chapitre de l'ALE UE/Corée (entré en vigueur en 2011) dédié aux « Paiements et mouvements de capitaux », indique quant à lui que les parties « peuvent prendre les mesures de sauvegarde strictement nécessaires en matière de circulation des capitaux pendant une période ne dépassant pas six mois » si, « dans des circonstances exceptionnelles, les paiements et les mouvements de capitaux entre les parties causent ou menacent de causer de graves difficultés dans le fonctionnement de la politique monétaire ou de la politique des taux de change » (art. 8.4). Une note de bas de page précise que de telles difficultés sont « liées à la balance des paiements ou à la situation financière extérieure », mais indique dans un même mouvement que « les mesures de sauvegarde [...] ne s'appliquent pas en ce qui concerne les investissements directs étrangers ».

70. Ainsi, il est intéressant de relever une certaine asymétrie entre, d'une part, un instrument multilatéral tel que le GATS et, d'autre part, les accords qui s'inscrivent dans une logique bilatérale (TBI et ALE). Le premier inclut une exception relative à l'équilibre de la balance des paiements et prend ainsi en compte les exigences multilatérales de stabilité financière que le FMI s'emploie à promouvoir, en particulier en s'arrogeant une compétence périphérique en matière de contrôle des mouvements de capitaux (V. *supra*, nos 36 s.). Les seconds ont été conclus avant tout pour assurer la protection des investissements et n'intègrent pas structurellement ces préoccupations multilatérales. Il existe également un risque que de tels accords entrent en contradiction avec les obligations découlant de l'appartenance au FMI, si un de ses membres met en œuvre des restrictions aux mouvements de capitaux sans les étendre aux opérations qui entrent dans le cadre d'un accord d'investissement ne comprenant pas d'exception relative à l'équilibre de la balance des paiements. Il en résulterait en effet un traitement discriminatoire entre États membres du Fonds, ce qui est contraire à ses Statuts (V., sur ces aspects, SIEGEL, *Capital Account Restrictions, Trade Agreements and the IMF, in Capital Account Regulations and the Trading System: A Compatibility Review, Pardee Center Task Force Report*, 2013, Boston, Boston University, p. 67 s., spéc. p. 73 s.).

INDEX ALPHABÉTIQUE

Balance des paiements, 26
 – équilibre, 26
Charte de l'Atlantique (14 août 1941), 15
Compétence, 34 s.
 – absence en matière de libération, 34 s.
 – périphérique, 36 s.
Convertibilité (obligation), 19
Fonds (notion), 2
Fonds monétaire international (FMI), 15 s., 27 s., 33 s.
 – compétence, 15 s. : dérivée, 34 s.
GATS, 26 s., 29 s., 38 s.
GATT, 26 s.
Historique, 8 s.
Investissement étranger, 57 s.
 – accords internationaux, 57 s. : exceptions, 66 s. ; procédure, 64 s.
 – clause de transfert, 57 s.

– transferts protégés, 61 s.
Mouvements de capitaux, 32 s.
 – cadre multilatéral, 33 s. : exceptions, 44 s. ; partiel, 38 s.
 – libération, 40
 – mode 1, 40, 43
 – mode 3, 41 s.
Notion, 1 s.
OCDE, 49 s.
 – codes de libération, 49
 – instruments, 49 s. : champ d'application, 50 s. ; exceptions, 53 s. ; mise en œuvre, 56
Organisation de coopération et de développement économiques
 ► V. OCDE
Organisation mondiale du commerce (OMC), 26 s.
 – disciplines, 26 s.

Paiements

- balance, 26 : équilibre, 26
- libération (obligation), 29 s.

Régime unifié (absence), 10**Restrictions**, 20 s.

- commerciales, 26
- en matière de change, 27 s.

Souveraineté étatique, 6 s.**Système commercial multilatéral**, 15**Traité sur la Charte de l'énergie de 1997**, 57**Transactions courantes**, 13 s.

- commerciales, 13 s.

- libération des règlements, 15 s.

- notion, 16 s.

- restrictions, 20 s. : de droit commun, 22 s. ; période transitoire, 20 s.

Transfert(s) de fonds

- caractère international, 5

- clause, 57 s.

- libération (obligation), 29 s.

- mouvements de capitaux, 32 s.

- notion, 3 s.

- protégés, 61 s.

- transactions courantes, 14 s.