



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

Groupe d'experts No.3 sur des "thèmes spéciaux"

PRIVATISATION

(Note du Président)

PRIVATISATION

(Note du Président)

I. Introduction

1. En tant qu'accord comportant des normes élevées, l'AMI devrait comporter des disciplines contraignantes dans le domaine des privatisations. Les opérations de privatisation sont depuis quelques années un élément important de la réforme structurelle du secteur public et de la politique budgétaire. Dans le cadre de ces opérations, les étrangers peuvent apporter des fonds et un savoir-faire qui n'existent pas sur place. L'accès aux privatisations peut jouer également un rôle de premier plan pour l'accès au marché¹. L'AMI pourrait marquer dans ce domaine des avancées décisives et déboucher sur des dispositions qui soient à la pointe du progrès.

2. Toutefois, les parties contractantes doivent conserver leurs prérogatives souveraines en ce qui concerne la décision de privatisation. Elles devraient également avoir la possibilité de formuler des réserves spécifiques par pays pour les mesures non conformes dans les conditions proposées par le Groupe de rédaction n° 1 (section C du document DAFPE/MAI(96)16).

II. Définition

i) Privatisation

3. On entend généralement par "privatisation" la cession partielle ou totale du contrôle d'une activité publique et des biens qui s'y rapportent à un ou plusieurs investisseurs privés. La privatisation peut porter sur un monopole public ou sur une entreprise publique opérant dans le secteur privé. Elle peut être réalisée en une seule opération ou par tranches successives. Les méthodes de privatisation peuvent être les suivantes : l'offre publique sur le marché national et sur le marché international, la vente directe à des investisseurs, la reprise par les cadres et par les salariés ainsi que la privatisation de masse par distribution de coupons à la population.

4. Le Groupe d'experts a recensé un certain nombre d'aspects techniques. Il semble y avoir un lien étroit entre la définition de la privatisation et la définition de l'"investissement", reposant sur la notion de "biens", qui est envisagée pour l'AMI. La privatisation peut impliquer la vente d'actions et de biens, mais cela ne veut pas dire nécessairement qu'elle doit s'étendre à tous les types de biens, notamment les biens immobiliers, les obligations publiques et autres titres publics, car ces opérations ne rempliront pas toujours les conditions requises pour qu'on puisse considérer qu'un investissement est effectué. Il faut également

¹ Une délégation a proposé que ces observations figurent dans le préambule de l'AMI.

reconnaître que dans certains cas des droits sur une entreprise peuvent être créés sans transfert de biens, alors que dans d'autres la vente de biens pourra être indispensable pour que de tels droits soient créés.

5. Dans leur grande majorité, les délégations se sont néanmoins montrées sceptiques quant à l'opportunité d'étendre la notion de privatisation à l'octroi de concessions ou d'autres régimes contractuels. Il faudra peut-être réserver à ce domaine un traitement *sui generis* dans le cadre de l'AMI. Les concessions sont l'une des formes d'"investissement" qui devront être définies par le Groupe de rédaction n° 3 (section A.1 du document DAFPE/MAI(96)16).

6. Les délégations ont par ailleurs souligné l'existence d'une zone grise entre l'octroi de concessions et d'autres droits contractuels, d'une part, et la passation des marchés publics d'autre part. L'opinion générale suivante s'est dégagée : il ne faut pas que l'AMI remette en cause ce qui a été difficilement convenu dans le cadre de l'accord du GATT sur les marchés publics. Comme on l'a noté également, une concession ou un régime contractuel relatif à l'exploitation ou à la gestion d'une société publique peut dans certains cas être plus facilement assimilable à une activité de service qu'à une activité d'investissement. Cela pourrait avoir en outre des conséquences pour les disciplines de l'OMC, notamment celles de l'AGCS.

7. Certaines délégations se sont prononcées en faveur d'une définition de la privatisation dans l'AMI. Une telle définition permettrait notamment de mieux préciser les obligations des parties contractantes. De plus, une définition pourrait prévoir une liste "négative" d'opérations ou de biens qui seraient expressément exclus. **Cette définition ne devrait pas être trop large (elle ne devrait pas comprendre, par exemple, les concessions), ni être trop étroite de façon à ce que les pays puissent échapper les obligations de l'AMI.**

8. Cette façon de procéder aurait cependant des inconvénients. Les opérations de privatisation ont considérablement évolué ces dernières années et il pourrait se révéler difficile de concevoir une définition de la privatisation qui ne soit pas statique et qui prenne correctement en compte toutes les nouvelles formes de privatisation susceptibles d'apparaître à l'avenir.

9. Le Groupe d'experts a conclu qu'il faudrait réexaminer la question de la définition lorsqu'on y verrait plus clair dans la définition de l'"investissement" et dans les obligations relatives à la privatisation et à certains aspects connexes (monopoles et entreprises d'État notamment).

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

i) Droit de participer aux privatisations

10. Un consensus paraît se dégager sur le fait que l'AMI doit faire en sorte que les investisseurs étrangers bénéficient en règle générale des mêmes droits de participation aux possibilités d'investissement ouvertes par une opération de privatisation que les investisseurs nationaux. Il en résulte que les obligations de traitement national et de régime de la nation la plus favorisée (NPF) contenues dans l'AMI devraient en principe s'appliquer à la fois à la vente initiale et aux ventes ultérieures des titres de capital et des biens qu'une partie contractante aura décidé de transférer au secteur privé, sauf dispositions contraires de l'Accord.

11. Ces règles ne permettraient pas en elles-mêmes à un investisseur de contester une décision de privatisation pour l'unique motif qu'il n'a pas remporté l'offre de privatisation. **Elles ne devraient pas empêcher l'aboutissement efficace d'une opération de privatisation.** Il n'en demeure pas moins que les

programmes de privatisation, de même que les règles et procédures régissant leur mise en oeuvre, devront être équitables et transparentes et ne devront pas contenir de dispositions discriminatoires à l'encontre des investisseurs étrangers, établis ou non établis.

12. Une délégation a réservé sa position en ce qui concerne l'interprétation des dispositions relatives au traitement national et au régime NPF. Une autre délégation a fait savoir que la notion de "vente initiale" lui paraissait trop large, parce les privatisations futures pourraient dans son pays se révéler sensibles sur le plan politique et que les autorités australiennes devaient conserver une certaine souplesse. Une délégation a indiqué qu'elle pouvait accepter l'interprétation proposée des obligations relatives au traitement national et au régime NPF tant que ces obligations n'impliquent aucune contrainte quant à la structure de la société privatisée. Une autre délégation a noté que le traitement national supposait un élément de comparaison qu'il fallait garder à l'esprit pour l'application du traitement national aux opérations de privatisation.

13. Les délégations en faveur d'une application intégrale des obligations de traitement national et de régime NPF dans le domaine de la privatisation ont proposé un certain nombre de clarifications supplémentaires.

14. Les obligations de traitement national et de régime NPF devraient s'appliquer quelle que soit la méthode de privatisation utilisée par les autorités publiques. Elles devraient donc s'appliquer en principe aussi bien à la vente directe à un investisseur ou à un groupe d'investisseurs qu'aux offres publiques sur le marché national et/ou sur le marché international.

15. Une offre publique, notamment sur le marché international, peut être plus transparente qu'une vente directe et offrir aux investisseurs étrangers un plus large éventail de possibilités. Mais imposer une méthode de privatisation plutôt qu'une autre ne serait pas conforme à la libre décision de privatisation qui doit appartenir à l'État. **L'importance se trouve non pas dans les méthodes de privatisation utilisées, mais plutôt dans la transparence et le traitement non discriminatoire.**

16. Certains des problèmes rencontrés dans la pratique en cas de vente directe rappellent ceux qui se posent pour les incitations à l'investissement (DAFFE/MAI/EG3(96)3/REV1). Il peut être difficile de prouver que les obligations de traitement national et de régime NPF ont été violées, parce que les caractéristiques et les circonstances de chaque vente peuvent être variables. La vente directe peut également soulever des difficultés sur le plan de la transparence étant donné qu'il n'est pas toujours réalisable et économiquement viable de procéder à une publicité large et efficace auprès des investisseurs étrangers, surtout lorsque l'opération est de petite dimension et concerne des personnes physiques et non des entreprises.

17. Mais on n'a pas jugé que d'une façon générale ces inconvénients justifiaient l'exclusion de certains types d'opérations de privatisation². Ils justifieraient néanmoins de strictes obligations de transparence dans l'AMI (voire dans un article spécifique à cet effet ; on se reportera à cet égard à la section IV ci-après). Ils pourraient également exiger une attention spéciale dans le contexte des dispositions de l'accord ayant trait au règlement des différends, question qui relève du Groupe d'experts n° 1.

18. Les obligations de traitement national et de régime NPF devraient également s'appliquer à tous les types de restrictions imposées aux investisseurs étrangers, concernant notamment les plafonds de prise de participation et la revente, la limitation des droits de vote et la participation au conseil d'administration

² Une délégation s'est prononcée en faveur de la fixation de seuils, qui permettraient d'exclure certains types de ventes directes.

et aux organes de gestion. Sur ce dernier point, il faudra veiller à la cohérence avec les disciplines de l'AMI concernant le personnel clé (voir le document DAFPE/MAI/DG3(96)1/REV1).

19. Le Groupe d'experts a examiné l'application des dispositions en matière de traitement national et de régime NPF aux prestations de services (services de conseil, prise ferme, comptabilité...) auxquelles font appel les autorités publiques pour la conception et la mise en oeuvre des opérations de privatisation, notamment lorsqu'elles sont de grande dimension. Cela irait dans le sens de l'approche aussi large que possible recherchée pour l'AMI, mais on risque d'empiéter sur les règles du GATT en matière de marchés publics et sur l'AGCS.

20. Une délégation a fait valoir que les réserves spécifiques par pays devraient être limitées dans le domaine de la privatisation à des restrictions sectorielles bien définies (pour les transports aériens, par exemple). Mais les autres délégations n'ont pas exclu des réserves de nature plus horizontale. **Une délégation a remarqué que de telles réservations sont actuellement sous discussion dans le cadre des discussions concernant l'Accord supplémentaire de l'TCE.** On a également noté qu'il était difficile dans la pratique d'appliquer le traitement national et le régime NPF aux niveaux infranationaux d'administration (au niveau des communes, par exemple) **où une activité importante dans le domaine des opérations de privatisation est actuellement en cours dans certains pays. Une délégation a jugé qu'il était impératif que de telles opérations de privatisations soient couverts par l'AMI.** Il faudra examiner de plus près ces questions.

ii) "Actions spéciales" et autres dispositifs concernant l'actionnariat

21. On a admis que pour certaines opérations de privatisation les autorités publiques pouvaient souhaiter conserver³ une certaine influence ou certains pouvoirs d'action à l'égard des nouveaux propriétaires de l'entreprise privatisée. Les actions "spéciales" ou "spécifiques" peuvent être l'une des techniques utilisées ; avec ou sans participation au capital, elles confèrent aux autorités publiques un droit de veto sur les principales décisions stratégiques de l'entreprise. Dans certains cas, les autorités publiques peuvent également faire en sorte d'obtenir des engagements précis de certains actionnaires privés (groupes d'actionnaires stables) en vue de la réalisation d'objectifs publics ou de la conservation des titres durant une certaine période de manière à assurer la stabilité de l'entreprise privatisée. Le Groupe d'experts a jugé qu'il était important de clarifier l'application des obligations de traitement national et de régime NPF dans ces domaines.

22. Dans leur grande majorité, les délégations ont estimé que ces dispositifs spéciaux ne devaient pas être jugés incompatibles avec les obligations de traitement national et de régime NPF, sauf s'ils étaient expressément ou délibérément discriminatoires à l'encontre des investisseurs étrangers. En tout état de cause, le recours à ces mesures n'est pas si répandu. Les droits résiduels que les autorités publiques peuvent exercer à l'égard de la société privatisée, notamment au moyen d'"actions spécifiques", sont généralement précisés dans les lois de privatisation. **Une délégation a souligné l'importance de l'AMI**

³ Les motifs pourraient relever de la sécurité nationale, mais ce serait alors l'article de l'AMI concernant les exceptions générales qui interviendrait. Les actions spéciales peuvent être également utilisées pour empêcher, durant une période transitoire, un rachat inamicale de l'entreprise privatisée et pour lui donner le temps de s'adapter à l'environnement propre au secteur privé. Dans d'autres cas, des actions spéciales ont également été attribuées à des groupes d'investisseurs prêts à payer une prime pour l'entreprise ou à conserver leur participation durant une certaine période ("groupes d'actionnaires stables"). Les objectifs peuvent être variables : création d'emplois, développement régional ou sauvetage d'une entreprise publique en difficulté financière, notamment.

d'assurer une transparence et une application non-discriminatoire de ces dispositifs spéciaux ainsi que d'assurer des provisions adéquates en ce qui concerne le recours aux règlements des différends.

23. Une délégation a exprimé l'opinion contraire : les actions spéciales ou les dispositifs spéciaux concernant l'actionnariat doivent être considérés a priori comme incompatibles avec les obligations de traitement national et de régime NPF et, en tant que mesures non conformes, doivent faire l'objet de réserves spécifiques par pays. On peut comprendre que ces réserves soient nécessaires pour certains secteurs sensibles et pendant un laps de temps déterminé. Selon la délégation des Etats-Unis, c'est cette approche qui serait la plus adéquate pour assurer la transparence et éviter les abus.

24. Une délégation a fait observer qu'il est rare que les "actions spéciales" et autres dispositifs concernant l'actionnariat soient ouvertement discriminatoires et qu'il pouvait être difficile de prouver dans ce domaine l'existence d'une discrimination de fait. Il conviendrait donc de mettre au point une clause anti-abus faisant apparaître clairement que ces dispositifs ne pourront être utilisés pour contourner les obligations de traitement national et de régime NPF. La délégation autrichienne a proposé trois critères à cet effet. Premièrement, on exigerait des parties contractantes qu'elles justifient l'introduction d'un dispositif concernant l'actionnariat. Deuxièmement, un tel dispositif aurait une durée limitée. Troisièmement, il faudrait bien mettre en valeur l'importance de la non-discrimination.

25. Une délégation s'est opposée à ces critères, qui reviendraient, selon elle, à introduire dans l'AMI une procédure d'autorisation pour tout dispositif concernant l'actionnariat, ce qui serait contraire aux prérogatives souveraines qui sont reconnues à l'État pour les décisions de privatisation. Cette délégation n'a toutefois émis aucune objection à l'encontre de l'idée d'une clause générale anti-abus qui serait applicable à toutes les obligations de l'Accord.

26. Une délégation a proposé une autre solution : une clause "de meilleurs efforts", qui découragerait le recours à des dispositifs spéciaux concernant l'actionnariat et qui se doublerait de la suppression des dispositifs en place. Cette proposition a été appuyée par une autre délégation, qui souhaite plus de symétrie entre les pays qui recourent à ces dispositifs spéciaux et ceux qui ne les utilisent pas.

27. Selon une délégation, il faut davantage prêter attention aux actions spécifiques qu'aux groupes spéciaux d'actionnaires. Les actions spécifiques paraissent constituer un substitut plus direct aux mesures émanant des pouvoirs publics que les groupes spéciaux d'actionnaires. Ces deux types de dispositifs peuvent néanmoins soulever des problèmes d'accès au marché allant au-delà du traitement national et du régime NPF. Il reste encore au Groupe de négociation à déterminer le rôle de l'AMI dans ce domaine.

iii) Rachat par les salariés et autres programmes de participation

28. La participation des cadres et des salariés en général peut également constituer l'un des éléments d'une opération de privatisation, le but étant par exemple de récompenser les cadres et les salariés pour leur contribution aux résultats de l'entreprise publique qui sera privatisée. Les dirigeants et les salariés peuvent avoir un droit d'option pour l'acquisition d'un certain pourcentage du capital de l'entreprise, à des conditions préférentielles ou non.

29. Dans leur grande majorité, les délégations ont estimé que ces programmes, qui font bénéficier d'un traitement préférentiel certaines catégories d'investisseurs (nationaux ou étrangers), ne devaient pas être considérés comme contraires aux obligations de traitement national et de régime NPF. **Une délégation a indiqué que son gouvernement préféré l'option de permettre la mise en place de rachat par les cadres et les salariés lors de la mise en vente initiale des entreprises publiques.** Ils ne seraient

contraires à ces obligations que si les cadres ou salariés étrangers étaient exclus du fait qu'ils sont étrangers. Une délégation a néanmoins fait observer que l'AMI ne garantirait pas dans ce cas le "meilleur" traitement national, mais le traitement moins favorable accordé aux nationaux.

30. Cette interprétation est subordonnée à la condition que les ventes secondaires ne fassent pas l'objet de restrictions. Autrement dit, les cadres et salariés locaux doivent être libres de vendre à des investisseurs étrangers les actions qui leur ont été attribuées au départ. Une délégation [l'Espagne] a exprimé son opposition à une telle limitation. Selon elle, les autorités publiques doivent avoir toute liberté d'action dans ce domaine.

31. On a également souligné le lien avec les dispositions de l'AMI concernant le personnel clé. Certaines délégations ont jugé qu'il fallait également une clause "anti-contournement", qui couvrirait la discrimination de fait et empêcherait les abus.

32. Une délégation a exprimé une opinion contraire : les dispositifs de rachat par les cadres et de participation des salariés doivent être jugés non conformes au traitement national et au régime NPF parce qu'ils ont pour objet et pour effet d'écartier les investisseurs étrangers d'une partie du capital et des biens de l'entreprise privatisée, ce qui constitue un refus d'accès au marché. Il faudrait donc que ces dispositifs fassent l'objet de réserves spécifiques par pays. Tout en ne partageant pas nécessairement cette interprétation, une autre délégation a fait observer que les réserves spécifiques par pays offrirait la meilleure protection contre d'éventuelles contestations dans le cadre des dispositions de l'AMI en matière de règlement des différends.

33. Le Groupe d'experts n'a pas pu formuler une opinion précise en ce qui concerne les dispositifs de vente préférentiels visant à une large participation de petits investisseurs. La première réaction est d'y voir un instrument potentiel de discrimination à l'encontre des investisseurs étrangers non établis s'ils bénéficient uniquement aux résidents. Tout dépend de la définition qu'on donne de l'"investisseur résident". Il faudra approfondir cette question.

iv) Petites privatisations

34. La dimension d'une opération de privatisation est susceptible en elle-même d'entraver la participation étrangère. Les petites privatisations peuvent être plus accessibles aux investisseurs locaux ou mieux répondre à leurs capacités. Souvent, elles peuvent être réalisées par une vente directe et non par une offre publique. Pour des raisons de coût, une publicité à l'étranger peut ne pas être valable.

35. Dans leur grande majorité, les délégations ont estimé que les petites privatisations ne justifient pas un traitement spécial dans l'AMI. On peut prévoir des difficultés si l'on instaure des exceptions aux obligations de l'AMI par voie de fixation de minimums (seuils, secteurs et entreprises concernés...). Il n'en reste pas moins que la transparence de ces programmes doit constituer un objectif important dans ce domaine.

36. Certaines délégations ont considéré qu'il existait un lien direct entre la question des exceptions par voie de fixation de minimums et la question de la définition de la privatisation et des biens que doit couvrir cette notion (voir la section II ci-dessus). Il faudrait également examiner de plus près l'application aux autorités locales et aux communes.

IV. Transparence

37. Dans leur grande majorité, les délégations se sont montrées favorables, pour les privatisations, à des règles de transparence qui soient plus précises que celles actuellement envisagées dans l'article de l'AMI concernant la transparence [article II.2 dans le document DAFPE/MAI(96)16]. L'investisseur doit pouvoir avoir accès non seulement aux lois, mesures et procédures régissant un programme de privatisation, mais aussi aux modalités détaillées des programmes et projets de privatisation. Il peut avoir besoin d'informations sur les règles et procédures d'appel d'offres et vouloir connaître les critères qui ont présidé aux décisions.

38. Quelques lignes directrices ont été proposées pour la mise au point de ces règles de transparence. Il faut que soient rendues publiques en temps utile les caractéristiques et procédures essentielles de la participation à une opération de privatisation. Les investisseurs étrangers doivent avoir accès dans les mêmes conditions que tout investisseur national aux informations précises concernant les activités et la situation financière de l'entreprise qui sera privatisée. Il pourrait y avoir un service centralisé⁴ mettant à la disposition des investisseurs intéressés toutes les informations concernant les programmes de privatisation et les différentes opérations de privatisation. **La nécessité d'un tel bureau dépendra également de l'information fourni aux investisseurs d'un pays à l'autre.**

39. En cas de vente publique, **les investisseurs** pourraient s'appuyer dans une large mesure sur les règles financières et prudentielles qui existent pour les marchés de valeurs mobilières nationaux et internationaux. Les ventes directes **peuvent** soulever plus de difficultés. Une délégation a proposé que le Groupe examine les règles de transparence qui figurent dans l'accord du GATT sur les marchés publics ; elle estime en effet qu'avec les ventes directes les problèmes sont similaires à ceux qui se posent pour les marchés publics. **Une autre délégation a jugé que les règles de transparence doivent s'appliquer de façon égale tant pour les ventes publiques que pour les ventes directes.**

40. Il conviendrait néanmoins de maintenir dans certaines limites raisonnables les dispositions en matière de transparence. Il ne faudrait pas que ces dispositions se traduisent par des obligations supplémentaires de notification allant au-delà de celles qu'on peut généralement envisager au titre d'autres dispositions de l'AMI⁵. Il ne faudrait pas non plus qu'elles interfèrent indûment avec le processus de privatisation. Il y aurait lieu en outre de protéger la confidentialité des informations industrielles et commerciales. On ne devrait pas obliger les autorités publiques à publier à l'étranger des informations sur les programmes de privatisation ou les différentes opérations de privatisation.

41. Quelques délégations ont estimé que les dispositions générales de l'AMI en matière de transparence suffiraient parce qu'elles exigeraient que soient rendues publiques les lois, réglementations et politiques concernant les privatisations et que soient fournis des renseignements aux autres Etats sur des points précis s'y rapportant⁶. Elles ont également estimé qu'il ne fallait pas obliger les parties contractantes à fournir des informations détaillées sur les aspects financiers ou techniques d'une privatisation ni à justifier leur choix des investisseurs bénéficiaires de la privatisation.

⁴ On a fait référence à cet égard aux dispositions de la Charte de l'énergie concernant l'échange de renseignements entre l'État et l'investisseur.

⁵ Cette question devrait être examinée dans le cadre du rôle du Groupe des parties.

⁶ Article II.2 dans le document DAFPE/MAI(96)16.