



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

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

MONOPOLES/ENTREPRISES D'ETAT

(Note du Président)

MONOPOLES/ENTREPRISES D'ÉTAT

(Note du Président)

I. Introduction

1. L'existence d'un monopole n'est pas contraire au traitement national, puisque les investisseurs, qu'ils soient nationaux ou étrangers, sont soumis à la même "limitation de l'accès au marché" découlant de l'accaparement, par le monopole, de certaines possibilités d'investissement. On notera cependant que le Groupe d'experts n'a pas traité la question de l'"accès au marché", que le Groupe de négociation n'a pas encore examinée.

2. En ce qui concerne la nature et la portée éventuelles des obligations de l'AMI pour les monopoles et les entreprises d'État, le Groupe d'experts s'est essentiellement attaché à la question de savoir si et comment l'action des monopoles désignés par une autorité publique institués par l'État peut entraver une mise en oeuvre efficace des obligations de traitement national et de régime NPF. Le Groupe a également examiné la question de la transparence.

3. Le Groupe a pris soin de limiter son analyse à la politique en matière d'investissement, en évitant d'empiéter indûment sur d'autres domaines, notamment la politique commerciale, la politique de la concurrence et la politique de passation des marchés publics.

II. Monopoles

1. Définition

4. On a jugé qu'il existait un lien étroit entre la nécessité d'une définition du monopole et la nature des obligations de l'AMI en la matière. Si une disposition spécifique doit être rédigée, il faudra une définition pour bien cerner les obligations.

5. Un accord s'est dégagé sur le fait qu'il y a lieu de mettre l'accent sur les monopoles désignés par une autorité publique. Si l'on veut décrire ces entités, on peut trouver certains éléments à l'article XVII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce concernant les entreprises commerciales d'État¹, à l'article VIII de l'AGCS² et à l'article 1505 de l'ALENA³. Il faut toutefois garder à l'esprit le contexte des définitions qui figurent dans ces accords, car elles n'ont pas été rédigées dans la seule perspective de l'investissement, mais aussi dans celle des échanges et de la concurrence.

6. Un certain nombre de délégations se sont montrées favorables à une définition des monopoles qui couvrirait "toute personne, publique ou privée, désignée par une autorité publique comme le seul fournisseur ou le seul acheteur d'un bien ou d'un service sur un marché déterminé du territoire d'une partie contractante". Il pourra s'agir d'une personne physique, d'une entreprise, d'un consortium, d'une entreprise d'État ou d'un organisme public. Plusieurs délégations ont également souhaité qu'on prenne en compte la notion de nombre "limité" de fournisseurs empêchés substantiellement de se livrer concurrence par une partie contractante. Sur ce point également, c'est la question de la désignation par les autorités publiques qui est déterminante.

7. Le Groupe d'experts a pris note de l'explication fournie par une délégation d'un pays de l'ALENA à propos de la raison pour laquelle la définition du monopole qui est donnée dans l'ALENA exclut "une entité à qui a été octroyé un droit de propriété intellectuelle exclusif du seul fait de cet octroi". Si l'on délivre des brevets, ce n'est pas pour transférer des pouvoirs réglementaires, mais pour protéger les droits de propriété intellectuelle. La question qui se pose n'est pas celle de la discrimination pouvant résulter de l'exercice de pouvoirs délégués par des monopoles désignés par une autorité publique. Le Groupe d'experts a également pris note de ce que la définition de l'ALENA exclut les monopoles uniquement fondés sur un "avantage naturel".

8. Le Groupe d'experts a eu en outre un bref débat au sujet de la définition des concessions, le problème étant de savoir si cette matière relève des monopoles ou de l'investissement privé. Le Groupe d'experts a approuvé la position d'une délégation [DAFFE/MAI(96)RD(96)11] selon laquelle il s'agit d'une question importante qui mérite d'être examinée spécifiquement. Comme on l'a noté, les concessions sont l'un des éléments qui sont énumérés dans la définition proposée de l'"investissement" dans l'AMI.

-
1. A l'article XVII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, les entreprises d'État sont définies comme "les entreprises gouvernementales et non gouvernementales (...) auxquelles ont été accordés des droits ou privilèges exclusifs ou spéciaux, y compris des pouvoirs légaux ou constitutionnels (...).
 2. Dans l'AGCS, on entend par "fournisseur monopolistique d'un service" "toute personne, publique ou privée, qui sur le marché pertinent du territoire d'un Membre est agréée ou établie formellement ou dans les faits par ce Membre comme étant le fournisseur exclusif de ce service". L'AGCS s'applique également aux "fournisseurs exclusifs de services", lorsqu'en droit ou en fait, un Membre (a) autorise ou établit un petit nombre de fournisseurs de services et (b) empêche substantiellement la concurrence entre ces fournisseurs sur son territoire".
 3. Dans l'ALENA, le terme "monopole" désigne "une entité, notamment un consortium ou un organisme gouvernemental qui, sur un marché pertinent du territoire d'une Partie est désignée comme le seul fournisseur ou le seul acheteur d'un produit ou d'un service". Cette définition couvre donc tout monopole autorisé ou réglementé d'une manière ou d'un autre par les autorités publiques. L'ALENA exclut toutefois de la notion de monopole "une entité à qui a été octroyé un droit de propriété intellectuelle exclusif du seul fait de cet octroi" ou les monopoles fondés sur "l'avantage naturel".

2. *Obligations envisageables pour les monopoles*

a) Agir d'une manière qui ne soit pas incompatible avec l'Accord

9. Un consensus a eu tendance à se dégager sur les points suivants : les parties contractantes de l'AMI ne peuvent se soustraire à leurs obligations en déléguant à un monopole désigné par une autorité publique un ou plusieurs de leurs pouvoirs réglementaires, de leurs pouvoirs administratifs ou d'autres pouvoirs gouvernementaux. **C'est une question distincte de celle de la désignation des monopoles [voir section d)].** Cette interprétation serait pleinement conforme à l'objectif de l'AMI, qui est d'instaurer certaines disciplines en matière de traitement discriminatoire d'investisseurs étrangers et de leurs investissements. **Une délégation a souligné que les pouvoirs délégués devraient couvrir à la fois ceux octroyés par les autorités nationales et ceux octroyés par les autorités infranationales.**

10. Dans leur majorité, les délégations ont considéré que l'accord sur ce point pourrait prendre la forme d'une clause anti-contournement, qui pourrait s'inspirer de l'article 1502.3 a) de l'ALENA :

"Chacune des Parties veillera, au moyen d'un contrôle réglementaire, d'une surveillance administrative ou d'autres mesures, à ce que tout monopole privé désigné par elles, ou monopole public maintenu ou désigné par elles, agisse d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les obligations de la Partie aux termes du présent Accord lorsqu'il exercera des pouvoirs réglementaires, administratifs ou gouvernementaux que la Partie lui aura délégués relativement aux produits ou aux services faisant l'objet du monopole".

11. **Quelques** délégations ont réservé leur position, en considérant que les obligations de l'AMI n'ont pas toutes été définies et qu'il vaudrait mieux examiner cette proposition à un stade ultérieur. Un certain nombre de délégations ont fait observer que les obligations de base de l'AMI (notamment le traitement national et le régime NPF) ont d'ores et déjà été suffisamment définies. **Une délégation s'est demandée si l'expression "agir d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les obligations des Parties Contractantes" était suffisamment précise pour éviter diverses interprétations.** Une délégation s'est demandé si une clause anti-contournement était bien nécessaire, compte tenu de la possibilité de recours au mécanisme de règlement des différends. Elle a toutefois admis que cela faciliterait l'interprétation de l'AMI. **On a également noté que la nécessité d'une clause anti-contournement dans l'AMI ne se limitait pas aux monopoles.**

12. Le Groupe d'experts a également examiné la solution qui consisterait à étendre la portée de la disposition anti-contournement à tout acte d'un monopole désigné par une autorité publique, et pas seulement aux actes résultant de pouvoirs délégués. C'est la démarche qu'adopte l'article VIII de l'AGCS. Dans leur grande majorité, les délégations ont néanmoins estimé que le libellé de l'AGCS n'était pas directement transposable dans un accord sur l'investissement comme l'AMI, parce qu'il régit d'autres modes d'activité, et plus particulièrement les échanges transfrontaliers. Si l'AMI devait régir le comportement général des monopoles, il entrerait inévitablement dans le champ de la politique de la concurrence. Une délégation a fait valoir qu'on ne pouvait pas entièrement écarter cette option à ce stade.

b) Pratiques d'achat et de vente des monopoles

i) Achats

13. Les délégations ont généralement reconnu que les pratiques d'achat des monopoles désignés par une autorité publique devaient être traitées dans le cadre de l'accord du GATT sur les marchés publics et

qu'on n'ajouterait rien en reproduisant les dispositions de cet accord dans l'AMI. La politique des monopoles en matière d'achats paraît relever davantage du domaine des échanges que du domaine des investissements. Il est également vain de vouloir examiner les pratiques d'achat d'autres types de monopoles (monopoles naturels, monopoles de fait).

14. Une délégation a fait savoir qu'elle était prête à aller au-delà de ce qui a été convenu dans le cadre de l'OMC en faisant figurer dans l'AMI une disposition de non-discrimination pour les monopoles désignés par une autorité publique, dès lors que d'autres délégations seraient prêtes à le faire. A son avis, les pratiques d'achat des monopoles peuvent avoir également une large incidence sur le choix des activités d'investissement que les investisseurs étrangers peuvent exercer dans un pays donné.

15. Un large appui s'est dégagé en faveur de l'application des obligations de l'AMI aux achats monopolistiques de certains monopoles désignés par une autorité publique existant fréquemment dans certains secteurs (offices de commercialisation dans l'agriculture, énergie...). Comme on l'a noté, cela se traduit à l'article 1502.3 (c) de l'ALENA, par l'obligation :

"de veiller, au moyen d'un contrôle réglementaire, d'une surveillance administrative ou d'autres mesures" à ce que tout monopole désigné par une autorité publique "réserve un traitement non discriminatoire aux investissements des investisseurs, aux produits et aux fournisseurs de services d'une autre Partie, au moment d'acheter... le produit ou service faisant l'objet du monopole sur le marché pertinent".

16. Deux délégations ont réservé leur position à l'égard de cette proposition.

17. Le Groupe d'experts ne s'est pas montré favorable à l'examen d'une disposition plus large s'inspirant de l'article 1502.3 (b) de l'ALENA, qui imposerait aux monopoles désignés par une autorité publique "d'agir uniquement en fonction de considérations commerciales au moment d'acheter... le produit ou service faisant l'objet du monopole sur le marché pertinent". Certaines délégations se sont demandé comment on pourrait obliger un monopole désigné par une autorité publique à agir en fonction de considérations "commerciales" puisque, par définition, un tel monopole n'opère pas conformément aux règles du marché.

ii) Ventes

18. Dans leur majorité, les délégations estiment que l'AMI devrait contenir une disposition de non-discrimination pour les pratiques de vente des monopoles désignés par une autorité publique en ce qui concerne les biens ou services faisant l'objet du monopole. L'égalité d'accès aux matières premières ou aux services d'infrastructure a été citée comme un élément essentiel de la viabilité d'activités industrielles ou commerciales.

19. Une délégation a fait valoir qu'une telle obligation découlerait automatiquement de l'application de la disposition anti-contournement évoquée à la section II.a et que des clarifications supplémentaires seraient superflues. Mais quelques délégations ont exprimé l'opinion contraire, à savoir qu'une disposition spécifique est nécessaire puisque l'obligation de non-discrimination qu'elles envisagent ne serait pas limitée au cas où un monopole agit pour le compte d'une autorité publique, mais s'appliquerait à toute vente, sur le marché pertinent, du bien ou service faisant l'objet du monopole. Selon une délégation, cette obligation devrait également s'appliquer aux biens ou services faisant l'objet d'un "monopole de fait" ou d'un "monopole naturel".

20. Une délégation a indiqué qu'elle ne comprenait pas pourquoi l'AMI devait traiter cette question, car il s'agit d'un domaine qui relève normalement de la réglementation nationale de la concurrence, au moins dans les pays de l'OCDE. Une autre délégation a fait savoir qu'elle ne pouvait pas approuver une disposition absolue de non-discrimination dans ce domaine, étant donné les circonstances spéciales (pénurie d'approvisionnement...) qui peuvent se produire pour la fourniture d'un bien ou service faisant l'objet d'un monopole. Deux autres délégations ont fait observer qu'on peut remédier à ces problèmes en différenciant les consommateurs privés et les investisseurs.

21. Pour des raisons identiques à celles qui ont été rappelées à la section i) ci-dessus, le Groupe d'experts a décidé de ne pas examiner plus avant l'option consistant à faire figurer une disposition supplémentaire s'inspirant de l'article 1502.3 (b) de l'ALENA qui imposerait aux monopoles désignés par une autorité publique d'agir uniquement en fonction de "considérations commerciales" pour la vente de biens ou services faisant l'objet du monopole.

c) Abus de position dominante

22. Un consensus s'est dégagé sur le fait qu'il n'était pas possible de traiter correctement dans le temps imparti pour les négociations de l'AMI la question de l'abus de position dominante par un monopole et que le Groupe d'experts ne devait pas approfondir cette question. Cette matière relève clairement de la politique de la concurrence.

23. On a reconnu au cours des débats que les monopoles peuvent interférer avec les droits des investisseurs et provoquer des distorsions sur le marché, notamment au moyen de subventions croisées au profit de leurs activités relevant du secteur concurrentiel. Ces pratiques peuvent en fait être aussi nuisibles pour l'investissement étranger que l'exercice de pouvoirs réglementaires délégués. Il convient néanmoins de laisser ces problèmes aux autorités chargées de la politique de la concurrence.

24. Rien n'empêche de les examiner à un stade ultérieur, après l'entrée en vigueur de l'AMI. Un article unique consacré à l'abus de position dominante ne saurait en tout état de cause les régler. Il faudrait faire intervenir nécessairement les experts de la politique de la concurrence. Une délégation a marqué son accord sur le fait que les propositions qu'elle avait soumises en ce qui concerne la dissociation des activités monopolistiques et non monopolistiques [DAFFE/MAI/RD(96)11] pouvaient être examinées dans ce contexte **dans la mesure d'un traitement satisfaisant de l'ensemble des dispositions dans l'AMI sur les monopoles.**

d) Droit de désigner un monopole et règles en matière de démonopolisation

25. Le Groupe d'experts a marqué son accord sur le fait que le droit d'un gouvernement de créer, d'autoriser ou de maintenir un monopole ne pouvait pas être remis en cause par l'AMI. Les gouvernements doivent également rester souverains dans le domaine de la "démonopolisation".

26. S'appuyant sur des arguments similaires à ceux développés lors du débat concernant la privatisation [DAFFE/MAI(96)5], quelques délégations se sont montrées favorables à une disposition déclaratoire reconnaissant ces droits souverains qui figurerait dans l'AMI. On aurait ainsi l'assurance que ces droits ne pourraient être contestés dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'AMI.

27. Selon une délégation, des dispositions spécifiques seraient sans doute davantage nécessaires si l'AMI devait comporter les disciplines pour l'accès au marché. Une autre délégation a fait observer que, même dans ce cas, les droits souverains de la puissance publique ne pouvaient pas être remis en cause.

28. Le Groupe d'experts s'est également demandé s'il fallait clarifier les règles concernant l'accès aux possibilités d'investissement ouvertes à l'occasion d'une démonopolisation. Un certain nombre de délégations ont jugé que cela n'était pas nécessaire, puisque les obligations de traitement national et de régime NPF commenceront à s'appliquer dès qu'un monopole est démantelé. Certaines délégations ont estimé qu'il serait utile de confirmer expressément l'application du traitement national et du régime NPF à ces nouvelles situations, étant donné que, traditionnellement, la réciprocité s'applique pour l'accès au marché dans le cas d'activités démonopolisées.

29. D'autres délégations ont considéré qu'il fallait approfondir la réflexion au sujet de cette interprétation, parce que certaines activités de démonopolisation sont très sensibles sur le plan politique. On ne saurait envisager une application inconditionnelle du traitement national sans équilibre correct entre les engagements de libéralisation des parties contractantes. Une délégation a réservé sa position en ce qui concerne un éventuel abandon de la réciprocité dans le contexte de la démonopolisation.

30. Les délégations ont reconnu que certains de ces problèmes peuvent être pris en compte dans le cadre des réserves à l'AMI que formuleront les parties contractantes. Une délégation a fait valoir que la démonopolisation pourrait être l'occasion, pour les parties contractantes, de prendre des engagements positifs de libéralisation au cours des négociations. Elle a également considéré qu'en l'absence de réserves d'un pays, les obligations de traitement national et de régime NPF s'appliqueraient automatiquement aux nouvelles possibilités d'investissement ouvertes par la démonopolisation. **Une délégation a rappelé que le Groupe de rédaction n° 3 était tombé d'accord sur le fait que si les obligations de l'AMI étaient élargies, de nouvelles réserves entreraient en jeu pour les obligations nouvelles ou élargies⁴.** Le débat n'a pas toutefois été concluant ; les délégations sont convenues de poursuivre les discussions.

III. Entreprises d'État

31. Dans leur grande majorité, les délégations ont estimé que les entreprises d'État ne justifiaient pas un traitement particulier dans l'AMI si elles n'exercent pas un pouvoir gouvernemental délégué. Il ne paraît pas y avoir besoin de dispositions spécifiques pour les entreprises d'État, car il devrait être possible de regrouper dans une seule disposition d'éventuelles obligations concernant les pouvoirs gouvernementaux délégués.

32. La question dans ce cas⁵ est de savoir comment faire en sorte que les parties contractantes ne puissent pas se soustraire à leur obligations en vertu de l'AMI à la faveur d'un transfert de pouvoirs aux entreprises d'État. De l'avis général, ce problème peut être résolu par une disposition générale anti-contournement, comme celle envisagée pour les monopoles désignés par une autorité publique.

33. Une délégation a réservé sa position en ce qui concerne l'éventuelle extension de l'AMI aux entreprises d'État exerçant par délégation des pouvoirs réglementaires, des pouvoirs administratifs ou

4 Voir DAFPE/MAI(96)16, paragraphe 1.3.

5 Il faut éviter sur ce point toute confusion avec le traitement accordé aux entreprises d'État en tant qu'"investisseurs" d'une partie contractante et avec les obligations que les parties contractantes assument elles-mêmes au titre de l'AMI. En proposant d'inclure dans la définition de l'"investisseur" "une personne morale ou toute autre entité constituée ou organisée selon le droit applicable d'une partie contractante... appartenant à une autorité publique ou contrôlée par elle" [section A.1 du document DAFPE/MAI(96)16], on aboutit à ce que les entreprises d'État ont droit à tous les avantages conférés par l'AMI.

d'autres pouvoirs gouvernementaux. **Cette délégation voulait s'assurer que seules les activités industrielles ou commerciales seraient visées.** Une autre délégation estime que la disposition anti-contournement devrait également s'appliquer aux entreprises privées exerçant un pouvoir gouvernemental, puisqu'on pourrait également faire appel à ces entités pour échapper à l'AMI. Le modèle de la Charte de l'énergie serait préférable à celui de l'ALENA.

34. Les délégations ne sont pas parvenues à une véritable conclusion sur le point de savoir si l'AMI doit prendre en compte les mesures prises par l'État en tant qu'actionnaire d'une société. Il faut reconnaître que ces mesures peuvent obéir à de véritables considérations industrielles ou commerciales, mais elles peuvent également être à l'origine de discriminations à l'encontre des investisseurs étrangers. Une délégation a fait valoir que l'État ne peut pas échapper aux obligations découlant de l'AMI lorsqu'il exerce ses droits d'actionnaire, en particulier lorsqu'il détient dans l'entreprise une participation de contrôle.

35. Dans leur grande majorité, les délégations ont considéré que l'AMI ne doit pas comporter de disposition concernant les pratiques d'achat et de vente des entreprises d'État. Il ne faut pas, à leur avis, que l'AMI soit un doublon de l'accord du GATT sur les marchés publics ou essaie de l'améliorer. Une délégation considère que la question des chevauchements avec l'accord du GATT doit être soigneusement examinée avant d'exclure toute intervention de l'AMI dans ce domaine.

IV. Transparence

36. Un certain nombre de délégations considèrent que l'AMI doit comporter pour les monopoles des règles particulières en matière de transparence allant au-delà de celles déjà prévues dans l'article général de l'AMI relatif à la transparence [section II.2 du document DAF/MAI(96)16]. Une notification des monopoles désignés par une autorité publique pourrait permettre d'évaluer leur importance économique et d'informer les investisseurs étrangers sur les activités économiques qui sont exclues d'une concurrence normale.

37. L'obligation de notification pourrait néanmoins être limitée, comme dans les instruments de l'OCDE, aux monopoles institués par une autorité publique existants ou nouveaux. Elle ne devrait pas s'étendre aux entreprises d'État opérant dans un environnement concurrentiel.

38. Il semblerait logique d'envisager les mêmes règles de transparence pour les opérations de privatisation et pour les opérations de démonopolisation. On pourrait, en définitive, regrouper ces règles dans une seule disposition.

39. Certaines délégations ont mis en garde contre l'instauration d'obligations de notification qui soient excessives pour les parties contractantes. La solution la plus sage serait d'attendre, pour se prononcer de façon définitive sur les règles de transparence applicables aux monopoles (ainsi qu'à la démonopolisation et à la privatisation), qu'on soit parvenu à un accord au sujet de l'article général sur la transparence et au sujet du rôle du Groupe des parties.