



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

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

**PERSONNEL CLÉ - AVANT-PROJET D'ARTICLE : ADMISSION ET SEJOUR
TEMPORAIRES ET OBLIGATIONS EN MATIERE D'EMPLOI**

(Note du Président)

AVANT-PROJET D'ARTICLE :
ADMISSION ET SEJOUR TEMPORAIRES ET OBLIGATIONS EN MATIERE D'EMPLOI

(Note du Président)

[Hormis les dispositions du paragraphe 5 ci-dessous, aucune disposition du présent article n'empêche l'application des lois nationales des parties contractantes relatives à l'immigration et à la main-d'oeuvre [en conformité avec l'objet ou la finalité du présent article].]

A. Admission et séjour temporaires des investisseurs et du personnel clé

1. Chaque partie contractante autorise l'admission et le séjour temporaires et remet les documents confirmatifs à cet effet à une personne physique d'une autre partie contractante qui est :

- (a) un investisseur désirant établir, développer ou administrer [une entreprise] [un investissement] ou fournir des conseils ou des services techniques essentiels quant à l'exploitation [de cette entreprise] [de cet investissement] au titre [de laquelle] [duquel] l'investisseur a engagé, ou est en train d'engager, une somme importante, ou
- [(b) un salarié employé par [une entreprise] [un investissement] visé[e] à l'alinéa a), en qualité de cadre supérieur, directeur ou spécialiste [et qui est essentiel] pour [cette entreprise] [cet investissement]]

ou

- [(b) un salarié [d'une entreprise] [d'un investissement] d'une autre partie contractante [, pour une période [au moins égale à un an]], dès lors que ce salarié désire :
 - (i) établir une filiale [de cette entreprise] [de cet investissement] à laquelle [cette entreprise] [cet investissement] a engagé ou est en train d'engager à ce titre une somme importante, ou
 - (ii) rendre des services à une filiale de [cette entreprise] [cet investissement] ou à une société apparentée à [cette entreprise] [cet investissement],

si ce salarié est employé en qualité de cadre supérieur, de directeur ou de spécialiste [et est essentiel pour l'investissement actuel].]

[2. Pour avoir droit à l'admission et au séjour temporaires en vertu des alinéas a) ou b), une personne physique doit satisfaire aux mesures applicables en matière de santé publique, de sécurité publique et de sûreté nationale, y compris dans le domaine pénal.]

3. L'admission et le séjour temporaires sont autorisés [pour une période [ne dépassant pas 2-3 ans] [aussi longtemps que cette personne reste essentielle pour l'investissement actuel], dès lors que cette personne continue de remplir les conditions prévues au paragraphe 2.

4. Chaque partie contractante :

- (a) autorise l'admission et le séjour temporaires et remet les documents confirmatifs à cet effet au conjoint et aux enfants mineurs d'une personne d'une autre partie contractante dont l'admission et le séjour temporaires ont été autorisés conformément aux paragraphes 1 à 3 ;
- [(b) accorde l'autorisation de travailler au conjoint d'une personne d'une autre partie contractante dont l'admission et le séjour temporaires ont été autorisés conformément aux paragraphes 1 à 3.]
- (c) les autorisations en vertu des alinéas a) ou b) sont soumises aux mêmes conditions que celles applicables aux personnes visées aux paragraphes 1 à 3 et sont accordées pour la même durée que le séjour de la personne admise en vertu du paragraphe 1.

5. Aucune partie contractante ne peut :

- (a) subordonner l'admission et le séjour temporaires au titre des paragraphes 1 et 4 à des critères de besoins économiques [ou à d'autres procédures d'effet similaire], ou
- (b) imposer ou maintenir des restrictions numériques concernant l'admission et le séjour temporaires au titre des paragraphes 1 et 4.

6. Aux fins des paragraphes qui précèdent :

[On entend par **“personne physique d'une autre partie contractante”** une personne physique qui a la nationalité [ou est résidente permanente] d'une autre partie contractante en conformité avec sa loi applicable ;]

[Les termes **“entreprise d'une autre partie contractante”** signifient une personne morale ou toute autre entité constituée ou organisée selon la loi applicable d'une autre partie contractante, à but lucratif ou non lucratif, privée ou détenue par une autorité publique, et comprennent une société de capitaux, une fiducie, une société de personnes, une entreprise individuelle, une coentreprise, une association ou une organisation et une succursale d'une entreprise ;]

On entend par **“cadre supérieur”** une personne physique qui dirige principalement la gestion [d'une entreprise] [d'un investissement] ou fixe les objectifs et les politiques de l'entreprise ou d'une composante ou d'une fonction importantes de l'entreprise, dispose d'une large latitude décisionnelle et n'est soumis qu'à une supervision générale ou à des instructions générales de la part de cadres supérieurs de niveau plus élevé, du conseil d'administration ou des actionnaires de l'entreprise ;

On entend par **“directeur”** une personne physique qui dirige la gestion d'une entreprise ou d'un département ou d'une subdivision de celle-ci, supervise et contrôle le travail de salariés chargés de fonctions d'encadrement, de fonctions professionnelles ou de fonctions de gestion, a le pouvoir de recruter et de licencier ou de recommander le recrutement ou le licenciement ou d'autres mesures concernant le personnel et exerce un pouvoir discrétionnaire pour les activités au jour le jour à un niveau élevé ;

On entend par “**spécialiste**” une personne physique [qui a une grande expertise de certains domaines et détient un savoir exclusif en ce qui concerne les produits, les services, les équipements de recherche, les techniques ou la gestion de l’entreprise.]

B. OBLIGATIONS EN MATIERE D’EMPLOI

[Toute partie contractante autorise les investisseurs d’une autre partie contractante et leurs investissements à employer toute personne physique choisie par l’investisseur ou l’investissement quelles que soient la nationalité ou la citoyenneté de cette personne, dès lors qu’elle est titulaire d’un permis valable de séjour et de travail délivré par les autorités compétentes de l’autre partie contractante] [et que l’emploi concerné est conforme aux conditions et délais prévus dans l’autorisation qui lui a été accordée.] (Disposition s’inspirant du TCE, article 11 (2))

[Aucune partie contractante ne peut appliquer des quotas nationaux d’emploi pour l’emploi d’une personne physique par un investisseur ou un investissement d’une autre partie contractante dès lors que cette personne est titulaire d’un permis valable de séjour et de travail délivré par les autorités compétentes de l’autre partie contractante.]

COMMENTAIRE DU PROJET DE TEXTE

1. Ce texte est consacré à deux questions, l'admission et le séjour temporaires et les obligations en matière d'emploi, qui ont été examinées par le Groupe dans le contexte de la mise au point d'une disposition de l'AMI concernant le personnel clé. Un projet de disposition ayant trait aux cadres dirigeants et aux administrateurs, qui figurait précédemment dans ce texte, sera examiné dans le cadre des dispositions concernant les pratiques des sociétés.

2. Le chapeau vise à faire en sorte que le renvoi aux lois sur l'immigration et la main-d'oeuvre n'affecte pas le paragraphe 5 relatif aux obligations en matière d'emploi. Les autres propositions sont les suivantes :

- Une proposition d'une délégation visant à libeller le chapeau comme suit : "Sauf si cela est expressément prévu par le présent article, aucune disposition du présent accord n'empêche...".
- Une proposition d'une autre délégation visant à ce que chaque paragraphe concernant les dispositions de fond soit précédé de "sous réserve de".
- Une proposition d'une troisième délégation visant à clarifier les liens entre les dispositions relatives au personnel clé et les lois sur l'immigration et la main-d'oeuvre en précisant que les mesures prises conformément à ces lois ne doivent pas être appliquées de manière à annuler ou réduire les avantages prévus par l'accord. Une variante est proposée à cet effet entre crochets ; elle consiste à établir un lien entre le chapeau et une obligation de respect de l'objet ou de la finalité de l'article.

A. ADMISSION ET SEJOUR TEMPORAIRES

Paragraphe 1

3. Certaines délégations souhaitent réfléchir à la signification des termes "documents confirmatifs" utilisés au paragraphe 1 et au paragraphe 4 a).

4. Plusieurs délégations sont favorables à la présence des termes "une somme importante" dans ce paragraphe, mais d'autres estiment qu'il en résultera des incertitudes et qu'on pourrait créer d'importants obstacles à certaines formes d'investissement. Pour aider le Groupe dans sa réflexion, il est utile de signaler que le Groupe de rédaction N° 3 a élaboré dans le contexte d'une détention indirecte ou d'un contrôle indirect une disposition de refus des avantages qui recourt à la notion d' "activité industrielle ou commerciale substantielle" [DAFFE/MAI/DG3(96)1]. Le Groupe de rédaction N° 3 a décidé qu'il n'était pas nécessaire de définir cette expression.

5. Certaines délégations considèrent qu'il n'est pas nécessaire d'employer l'adjectif "essentiel" au paragraphe b) et soulignent les difficultés qu'il y aurait à définir ce terme.

6. Les délégations se demandent si les alinéas a) et b) devraient viser une "entreprise" ou, plus généralement un "investissement".

7. Plusieurs options sont proposées pour l'alinéa b). La première correspond à l'approche proposée par une délégation. La deuxième comporte une obligation d'emploi préalable. Certaines délégations estiment que cette obligation peut fausser l'investissement en ayant un impact excessif sur les nouveaux investisseurs et les petites et moyennes entreprises, sans avantage corrélatif pour le pays qui procède à l'admission. Ces délégations considèrent en outre que cette obligation ne répond sans doute pas aux véritables besoins d'un investissement et ne doit pas être utilisée pour déterminer si un individu est essentiel ou non à un investissement.

8. Diverses positions se sont exprimées quant à la durée de l'emploi préalable, si cette obligation devait être retenue, plusieurs délégations jugeant toutefois nécessaire une telle obligation ne serait-ce que parce que leur loi nationale en matière d'immigration comporte une disposition en ce sens. Pour une délégation, il faudrait sans doute préciser que l'emploi préalable doit être continu et précéder immédiatement l'admission. Une autre délégation s'est demandé s'il était bien efficace de recourir à une obligation d'emploi préalable pour éviter de contourner les lois nationales sur l'immigration.

Paragraphe 2

9. Ce paragraphe reste entre crochets en attendant que soient examinés ses liens avec le chapeau. Une autre proposition a été diffusée en séance¹.

Paragraphe 3

10. Une délégation a proposé de fixer une durée minimale, qui permettrait aux pays pouvant le faire d'offrir une durée plus longue de séjour. D'autres délégations ont estimé que si cette disposition était limitée au personnel essentiel, la durée du séjour serait celle pour laquelle la personne concernée restera essentielle pour l'investissement.

¹ Proposition de suggestion pour le paragraphe 2

Sous réserve du paragraphe 5, aucune disposition du présent article n'oblige une partie contractante à accorder l'admission et le séjour temporaires à une personne qui n'y a pas droit en vertu de sa législation nationale sur l'immigration et la main-d'oeuvre pour des raisons de santé publique, de sécurité publique et de sûreté nationale ou pour d'autres motifs conformes à l'objet et la finalité du présent article.

Paragraphe 4

11. Certaines délégations considèrent qu'il peut s'agir d'une barrière de fait à la libre circulation du personnel clé et elles seraient prêtes à accorder l'admission et le séjour temporaires au conjoint et aux enfants mineurs. Certains pays iraient plus loin et accorderaient au conjoint, dans le cadre de l'AMI, le droit de travailler. Le problème est de savoir ce qu'il faut entendre par "conjoint" et par "mineurs".

12. D'autres délégations envisageraient une disposition de "meilleurs efforts" pour l'entrée et le séjour temporaires du conjoint et des enfants mineurs, mais auraient de fortes objections à la délivrance d'un permis de travail au conjoint et aux enfants mineurs. Elles sont d'avis qu'une disposition de l'AMI obligeant à accorder un permis de travail au conjoint quelle que soit la branche d'activité créerait un "marché commun du travail pour les conjoints bénéficiant de l'AMI" et conférerait au conjoint des droits allant au-delà de ce que l'AMI accorde aux investisseurs. Une délégation a souligné la nécessité d'assurer la subsistance du conjoint et des enfants pour l'octroi de l'admission et du séjour temporaires. Certaines délégations craignent que si les conjoints ne peuvent pas obtenir un permis de travail cette disposition perde beaucoup de son efficacité.

13. L'alinéa c) vise à subordonner les autorisations accordées en vertu du paragraphe 4 aux conditions applicables aux personnes auxquelles ont été accordés l'admission et le séjour temporaires.

Paragraphe 5

14. Les délégations ont besoin de réfléchir à la signification de l'expression "ou à d'autres procédures d'effet similaire" qui figure à l'alinéa a).

15. Certains pays ont expliqué que leur pays serait obligé, pour des raisons politiques, de maintenir des critères de besoins économiques et des restrictions numériques. Ces pays devront formuler une réserve si l'AMI devait comporter une obligation contraignante de ne pas imposer de critères de besoins économiques ou des restrictions numériques. Il a été proposé pour l'alinéa b) un autre texte qui serait libellé comme suit :

Aucune partie contractante ne peut :

"b) refuser l'admission et le séjour temporaires au titre des paragraphes 1 et 4 du présent article pour des raisons liées à des restrictions numériques figurant dans la loi nationale".

PERSONNE PHYSIQUE D'UNE AUTRE PARTIE CONTRACTANTE

Paragraphe 6

16. Différents points de vue se sont exprimés sur le point de savoir si, aux fins de ces dispositions, la notion de personne physique devait se limiter aux nationaux ou aux résidents permanents d'une autre partie contractante de l'AMI. On a fait valoir que dans le cas du personnel clé la nationalité ne devait pas être un critère tant que ce personnel est salarié d'un investissement relevant de l'AMI. Certaines délégations jugent qu'il n'est pas nécessaire de définir ce terme, puisqu'il entrera dans la définition de l'investisseur qui sera donnée dans d'autres dispositions de l'accord. Une délégation a précisé qu'elle ne pouvait pas accepter la prise en compte des résidents permanents pour les dispositions concernant l'admission et le séjour temporaires, bien qu'elle accepte la prise en compte des résidents aux fins de la définition générale de l'"investisseur" dans l'accord.

17. Une Délégation a soumis la proposition suivante, qui permettrait de multilatéraliser la pratique de cette délégation en matière de conventions bilatérales :

“Les investisseurs qui sont ressortissants de pays à l'égard desquels nous avons certaines obligations conventionnelles (notamment les pays avec lesquels nous avons conclu des accords bilatéraux) peuvent, s'ils satisfont à certains critères concernant la nature de l'investissement, obtenir un visa de notre pays qui leur permet et qui permet à certains de leurs salariés clés qui sont également ressortissants du même pays d'entrer dans notre pays et d'y séjourner tant qu'ils participent activement à l'investissement. Ces visas sont dénommés visas “d'investisseur d'un pays partie à une convention”.

Dans le contexte de l'accord multilatéral sur l'investissement, il ne serait pas conforme aux objectifs de libéralisation qui sont assignés à cet accord d'exiger que le personnel clé d'un investisseur soit de la même nationalité que ce dernier pour pouvoir obtenir un visa “d'investisseur d'un pays partie à une convention”. L'une des solutions que nous serions prêts à étudier serait d'autoriser la délivrance d'un visa “d'investisseur d'un pays partie à une convention” à tout salarié clé d'un investisseur éligible d'un pays partie à l'AMI lui-même ressortissant d'un pays de l'AMI, que le salarié ait ou non la même nationalité que l'investisseur. Par conséquent, à supposer que l'Allemagne, la France et notre pays soient parties à l'AMI, un salarié clé français d'une société allemande aurait droit à un visa “pour investisseur d'un pays partie à une convention” si la société allemande réalisait dans notre pays un investissement remplissant les conditions requises.

Nous ne proposons pas d'élargir les critères d'éligibilité en ce qui concerne les visas “d'investisseur d'un pays partie à une convention” ni du point de vue de la nature de l'investissement exigé, ni du point de vue des catégories de personnel pouvant bénéficier de ce visa. Nous suggérons simplement que la nationalité ne constitue pas un facteur restrictif, à condition que l'investisseur et le salarié clé demandant le visa soient tous deux ressortissants de pays membres parties à l'AMI. Toutefois, une telle modification du régime concernant les visas “d'investisseur d'un pays partie à une convention” nécessiterait une modification de la législation autorisant ces visas.”

ENTREPRISE

18. De l'avis de la plupart des délégations, ces dispositions ne devraient pas comporter une définition de l'"entreprise" d'une autre partie contractante, car une définition sera déjà donnée dans les définitions générales de l'accord.

CADRES SUPERIEURS, DIRECTEURS, SPECIALISTES

19. Pour le Groupe d'experts, la définition des catégories "cadre supérieur" et "directeur" est généralement adéquate, bien qu'il puisse y avoir certains recoupements entre ces deux catégories. Il faudra encore approfondir la catégorie "spécialiste" et peut-être mentionner la possibilité de vérification des qualifications professionnelles. Une délégation souhaiterait inclure dans cette catégorie les "formateurs".

B. OBLIGATIONS EN MATIERE D'EMPLOI

20. Cette disposition permettrait à un investisseur d'embaucher une personne quelle que soit sa nationalité. L'AMI devrait empêcher l'application de quotas nationaux d'emploi ou de critères relatifs au marché du travail (besoins économiques), mais il ne faut pas qu'ils puissent être utilisés par un investisseur étranger pour échapper à l'application de certaines lois nationales, notamment les lois anti-discrimination. Il ne faut pas non plus que l'AMI empêche une partie d'assurer l'application de ses lois en ce qui concerne les conditions auxquelles est subordonnée la délivrance d'un permis de séjour et de travail. Toutefois, les pratiques administratives nécessaires à des fins de vérification ne doivent pas être utilisées pour vider de son contenu cette disposition.