



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

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

OBLIGATIONS DES RESULTATS

(Note du Président)

OBLIGATION DES RESULTATS

I. Introduction

1. La présente note examine la forme éventuelle des obligations au titre de l'AMI concernant les obligations de résultats (OR) à la lumière des orientations dégagées à ce sujet par le Groupe de négociation lors de sa réunion des 25 et 26 janvier 1996. Il convient de rappeler que le débat d'orientation s'est déroulé sur la base d'une note du Président [DAFFE/MAI(96)4] et d'une contribution d'une délégation [DAFFE/MAI/RD(96)4]. Les résultats du débat sont présentés de façon succincte au paragraphe 5(b) du document DAFFE/MAI/M(96)1.

2. Cette note constitue le deuxième document soumis au Groupe d'experts pour examen lors de sa première réunion du 28-30 mai 1996 [voir DAFFE/MAI/EG3/A(96)1]. Les délégués sont invités à l'étudier dans l'optique d'élaborer des propositions à l'intention du Groupe de négociation et, le cas échéant, des propositions de formulation ; ces propositions devant être définitivement mises au point lors de la troisième réunion du Groupe d'experts en septembre 1996.

3. Les obligations étudiées tiennent compte des travaux réalisés jusqu'à présent sur d'autres aspects de l'AMI [notamment la définition et le traitement des investisseurs et des investissements, DAFFE/MAI/DG2(96)2]. Elles ne préjugent pas d'éventuelles solutions aux questions en suspens, du traitement des problèmes qui n'ont pas encore été examinés, ni de la nature et de la portée des réserves que les parties contractantes pourraient éventuellement formuler à l'égard des obligations de l'AMI concernant les OR.

II. Nature et portée éventuelle des obligations de l'AMI concernant les OR

4. De l'avis majoritaire du Groupe de négociation, l'AMI constitue une occasion unique d'instaurer des obligations générales concernant les OR. On entend par ces dernières les obligations utilisées par les pouvoirs publics pour influencer sur le comportement des investisseurs étrangers et assurer certains avantages pour leurs économies.

5. Le débat a également fait ressortir deux grandes catégories d'OR. La première regroupe les OR applicables en vertu du droit national, de règlements administratifs tels que l'agrément, l'octroi de licences et d'autres impératifs réglementaires. Elles sont appelées OR obligatoires ou impératives. La seconde catégorie englobe les OR dont le respect peut être nécessaire pour obtenir un avantage (aide financière, incitations fiscales, contrats gouvernementaux ...). Ces OR mettent en jeu des obligations contractuelles.

6. Le Groupe de négociation a jugé que ces deux catégories de mesures concernant les investissements pourraient être couvertes par l'AMI, qu'elles aient ou non un caractère discriminatoires, encore que la nature des disciplines puisse ne pas être nécessairement la même dans les deux cas. L'accent devrait porter sur les OR qui faussent l'investissement et non les échanges. L'AMI pourrait tenter d'aller au-delà des accords actuels (OMC, TCE et ALENA).

a) Les OR "impératives"

7. Pour que les obligations de l'AMI concernant les OR soient aussi complètes que les disciplines de l'OMC, il faudrait qu'elles interdisent les OR visées par l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce* (mesures qui sont également interdites aux termes de l'article 5 du TCE

pour le secteur de l'énergie), ainsi que celles soumises à l'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires*.

8. Interprétant les articles du GATT sur le Traitement national et les restrictions quantitatives, l'*Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce* interdit ce type de mesures, y compris celles qui imposent l'achat ou l'utilisation par une entreprise de produits d'origine nationale ou l'achat ou l'utilisation de produits importés selon un pourcentage donné de la production locale. Il interdit également les mesures concernant les investissements qui limitent les importations de produits par une entreprise ou les reliant à la production locale exportée ou aux recettes en devises.

9. Cette interdiction est applicable à la fois aux mesures concernant les investissements et liées au commerce obligatoires ou applicables en vertu du droit national ou de toute réglementation administrative et celles auxquelles on doit se conformer pour obtenir un avantage. L'interdiction est également applicable que l'entreprise soit sous contrôle national ou étranger.

10. L'*Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* interdit les subventions à l'exportation dans leur ensemble et, par voie de conséquences, toutes les mesures concernant l'investissement et liées au commerce qui s'y rattachent. Cet Accord, pas plus que l'*Accord sur les mesures concernant l'investissement et liées au commerce* n'est applicable aux services. Toutefois, ce dernier ne couvre pas les obligations concernant les exportations.

11. Une grande partie des obligations de l'*ALENA* au titre de l'article 1106 porte sur les mesures concernant l'investissement soumises aux dispositions de l'OMC, mais elles sont formulées en termes plus généraux puisque l'accent porte ici sur leurs effets perturbateurs sur l'investissement. Les OR à l'exportation sont également interdites, tout comme les obligations de transfert de technologie, de procédés de production et d'autres connaissances protégées, ainsi que les accords d'exclusivité pour les fournisseurs.

12. Dans la plupart des cas, les dispositions de l'*ALENA* englobent les biens et services. Les interdictions sont applicables à tout engagement opposable dans le cadre d'une activité d'investissement portant sur "l'établissement, l'acquisition, l'expansion, l'exploitation, la gestion ou la réalisation d'un investissement". Qui plus est, tous les investissements réalisés sur le territoire des parties contractantes bénéficient de cette disposition, qu'ils soient entrepris par un investisseur d'une partie contractante ou d'une partie non contractante.

13. Le mieux serait que l'AMI interdise toute mesure susceptible d'avoir un effet perturbateur important sur les décisions d'investissement. Dresser un inventaire complet de ces mesures nécessiterait par contre une évaluation attentive de leur impact économique, laquelle s'avérerait impossible compte tenu des contraintes de temps et de ressources auxquelles sont soumis les négociateurs de l'AMI. Quelques OR supplémentaires ont toutefois été identifiées comme pouvant éventuellement faire l'objet de disciplines de l'AMI. Parmi celles-ci figurent les obligations concernant la direction locale et l'embauche et celles relatives au droit de propriété intellectuelle (telles que les licences obligatoires). Certaines de ces mesures devraient ou pourraient relever des dispositions concernant le traitement national et le régime de la nation la plus favorisée¹, mais on pourrait également les assujettir à une discipline explicite "d'interdiction".

1 Il pourrait par exemple être plus important d'interdire la discrimination (ou, en d'autres termes, d'exiger le traitement national ou le régime de la nation la plus favorisée) en matière de transfert de technologie ou d'utilisation de la propriété intellectuelle, plutôt que d'interdire les obligations de contenu locales. Certains accords concernant la propriété intellectuelle autorisent certaines OR sous certaines conditions (comme dans le cas des licences obligatoires). Les obligations de participation locale au capital seraient également contraires au traitement national.

14. Si les experts souhaitent s'inspirer des caractéristiques les plus générales des accords existants, le texte ci-dessous pourrait leur servir de base de discussion :

Paragraphe 1

"Aucune partie contractante ne peut imposer ou faire appliquer l'une quelconque des obligations suivantes, ou faire respecter un engagement ou une résolution, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou toute autre aliénation² d'un investissement d'un investisseur d'une partie contractante ou d'une partie non contractante [sur son territoire³ [à savoir⁴]:

- (a) exporter une quantité ou un pourcentage donné de biens ou services ;*
- (b) respecter un niveau ou un pourcentage donné de contenu national ;*
- (c) acquérir ou utiliser des biens produits ou des services fournis sur son territoire ou leur accorder une préférence, ou acquérir des biens ou des services auprès de personnes⁵ se trouvant sur son territoire ;*
- (d) relier d'une quelconque façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou au montant des apports en devises liés à cet investissement ;*
- (e) limiter les ventes sur son territoire des biens ou services produits ou fournis grâce à cet investissement en liant d'une quelconque façon ces ventes au volume ou à la valeur de ses exportations ou de ses recettes en devises ;*
- (f) transférer une technologie, un procédé de production ou toute autre connaissance faisant l'objet d'un droit de propriété à une personne sur son territoire ; ou*

2 Cette liste des activités d'investissement reprend celle proposée pour les obligations en matière de traitement national et de régime de la nation la plus favorisée [voir DAFPE/MAI/DG2(96)2, page 4].

3 La place de cette expression dans les dispositions concernant le traitement national et le régime de la nation la plus favorisée reste à déterminer [voir DAFPE/MAI/DG2(96)2, page 4].

4 La présence de crochets correspond à la question de savoir si la liste doit être ouverte ou close. La réponse dépend probablement en partie de la portée de l'interdiction concernant les mesures non-discriminatoires.

5 L'expression personne d'une partie contractante pourrait correspondre à une personne physique ou une entreprise.

(g) agir en tant que fournisseur exclusif des biens produits ou des services fournis pour une région spécifique ou le marché mondial⁶ ; ou

(h) (divers, à préciser)⁷.

Questions :

- Le texte qui précède constitue-t-il une base utile pour esquisser les obligations de l'AMI concernant les OR impératives ? De quelle façon pourrait-on le compléter et/ou l'améliorer ?
- L'obligation d'interdiction devrait-elle être applicable aux investissements des investisseurs d'une partie contractante, ainsi qu'aux investissements des investisseurs de parties non contractantes ?
- Peut-on confirmer que le traitement national et le régime de la nation la plus favorisée s'appliqueront automatiquement aux "OR impératives" qui échappent à l'obligation d'interdiction ? Si ce n'est pas le cas, quels OR impératives devraient être soumis à ces obligations ?

15. Au cours du débat d'orientation de janvier dernier, plusieurs délégations ont considéré que les disciplines de l'AMI concernant les OR ne devraient pas empêcher les parties contractantes d'adopter ou de maintenir les mesures nécessaires pour assurer le respect de lois et réglementations nationales dont il est généralement admis qu'elles ont des conséquences bénéfiques pour l'économie et la société. Les mesures concernant l'environnement ont été explicitement mentionnées.

16. Dans l'ALENA, l'interdiction d'OR concernant la technologie n'englobe pas les mesures utilisées dans le but de satisfaire à des normes de santé, de sécurité ou d'environnement généralement applicables. Les Or en question doivent cependant respecter les obligations de traitement national ou de régime de la nation la plus favorisée.

17. Si l'AMI doit comporter une disposition similaire, celle-ci pourrait être formulée ainsi :

Paragraphe 2 :

"Sans préjudice du paragraphe 1, aucune mesure exigeant que l'investissement d'un investisseur d'une partie contractante ou d'une partie non contractante fasse appel à une technologie pour satisfaire à des impératifs [de santé, de sécurité ou d'environnement] généralement applicables, sera considérée comme incompatible avec ce paragraphe pour autant que les obligations de traitement national ou de régime de la nation la plus favorisée soient respectées."

Questions :

-
- 6 Aux termes de l'ALENA, cette obligation n'est pas applicable lorsque l'obligation ou le respect d'un engagement ou d'une résolution est imposé par un tribunal, une instance administrative ou une autorité chargée de la concurrence en vue de remédier à une infraction présumée du droit de la concurrence ou de prendre une mesure qui ne soit pas incompatible avec d'autres dispositions de l'accord.
- 7 Aucune autre rubrique n'apparaît dans les accords existants.

- **Faudrait-il que, pour plus de clarté, l'AMI précise les OR "impératives" acceptables pour autant qu'elles soient appliquées sur la base du traitement national et de la NPF ?**

18. Enfin, reste la question de savoir si une interdiction des OR impératives au titre de l'AMI devrait être applicable immédiatement (ou à l'issue d'une période de transition, comme dans le cas de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce) ou si les mesures non conformes devraient faire l'objet de réserves spécifiques de la part des pays, auquel cas le statu quo et le démantèlement seraient normalement applicables. Cette dernière formule serait sans doute plus aisément acceptée mais pourrait aboutir à une liste d'OR interdites plus longue. Il resterait cependant à éviter toute incompatibilité avec l'OMC. A l'exception d'un seul, tous les pays de l'OCDE ont fait part à cette organisation de l'existence de mesures concernant les investissements et liées au commerce.⁸

b) Les obligations et résultats comme condition d'obtention d'un avantage

19. Il ressort des débats au sein du Groupe de négociation que s'il serait souhaitable de mettre au point des disciplines concernant les OR conditionnant l'octroi d'un avantage par les pouvoirs publics, l'existence de telles mesures pourrait répondre à une logique différente de celle des OR impératives. Les gouvernements pourraient souhaiter s'assurer que l'argent des contribuables est utilisé d'une façon qui soit finalement profitable à l'économie hôte. Il existe sans doute des raisons politiques légitimes de vouloir tirer un profit économique des programmes gouvernementaux. Ce type d'OR pourrait donc ne pas être totalement exclu.

20. L'ALENA permet expressément à une partie d'assujettir l'octroi ou le maintien d'un avantage lié à un investissement sur son territoire au respect de l'obligation d'implanter la production, de fournir un service, de former ou d'employer des ouvriers, de construire ou développer des installations particulières, ou de faire de la recherche et du développement sur son territoire. La liste des OR "volontaires" interdites par l'ALENA est donc plus courte que celle des OR "impératives" interdites. L'ALENA prévoit également que les services ne sont pas soumis à l'interdiction concernant les obligations d'achats locaux ou d'achats favorisant la production locale.

21. Même si certaines OR liées à un avantage devaient être exclues, il n'en resterait pas moins souhaitable, comme dans le cas des OR "impératives" examinées à la section précédente, que l'AMI ne porte pas préjudice aux accords existants. Il serait donc nécessaire qu'il interdise les OR relevant de l'Accord sur les mesures concernant l'investissement et liées au commerce (et le TCE) dont le respect est nécessaire pour obtenir un avantage (voir paragraphes 7 et 8 ci-dessus) ou toute OR liée à des subventions à l'exportation (voir paragraphe 9 ci-dessus). Il conviendrait également de tenir compte des liens entre les OR "volontaires" et les obligations de l'AMI concernant les incitations à l'investissement. Ce sujet est traité dans le document DAFPE/MAI/DG3(96)3.

22. L'OMC, le TCE et l'ALENA ne précisent pas ce que l'on entend par "avantage".

8 Les pays développés membres de l'Organisation sont tenus, aux termes de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce, d'éliminer toutes les mesures en question dans les deux années suivant l'entrée en vigueur de l'Accord de l'OMC (c'est-à-dire d'ici le 1er janvier 1987). Seul le Mexique (pour le secteur automobile) (et la Pologne pour certains dégrèvements fiscaux) ont fait part de l'existence de ce type de mesures.

23. Si l'AMI doit comporter des disciplines distinctes concernant les OR "volontaires", qui s'inspirent des accords existants et se conforment à la formulation des dispositions concernant les OR "impératives" du paragraphe 14 ci-dessus, l'obligation générale concernant cette catégorie de mesures relatives à l'investissement devrait être ainsi formulée :

Paragraphe 3

Aucune partie contractante ne peut conditionner l'obtention ou le maintien d'un avantage lié à un investissement [sur son territoire]⁹ pour un investisseur d'une partie contractante ou d'une partie non-contractante, au respect de l'une des obligations suivantes :

- (a) respecter un niveau ou un pourcentage donné de contenu national ;*
- (b) acquérir ou utiliser des biens [et services]¹⁰ produits sur son territoire ou accorder leur préférence ;*
- (c) lier d'une quelconque façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou au montant d'apports en devises lié à cet investissement ; ou*
- (d) limiter les ventes sur son territoire des biens produits ou services fournis grâce à cet investissement en imposant d'une quelconque manière un lien entre ces ventes et le volume ou la valeur de ses exportations ou de ses recettes en devises".*

Questions :

- Les dispositions ci-dessus constituent-elles une base constructive pour délimiter les obligations de l'AMI concernant les OR conditionnant l'octroi d'un avantage accordé par les pouvoirs publics ?**
- En particulier, serait-il souhaitable que l'interdiction concernant les achats locaux figurant au sous-paragraphe b) soit étendue aux services ?**
- Devrait-on essayer de définir le terme "avantage" ?**

24. Les OR exclues, telles que celles mentionnées au paragraphe 19, pourraient alors être ainsi définies :

Paragraphe 4

“Aucune disposition du paragraphe 3 ne devra être interprétée comme empêchant une partie contractante de conditionner l'obtention ou le maintien d'un avantage lié à un investissement opéré sur son territoire par un investisseur d'une partie contractante ou d'une partie non-contractante, au respect d'une obligation [d'implanter la production, d'offrir un service, de

9 Voir note (3).

10 Dans l'ALENA, les services ne figurent pas dans cette disposition.

former ou d'employer des ouvriers, de construire ou d'agrandir des installations particulières, ou de se livrer à des activités de Recherche et Développement] sur son territoire".

Questions :

- **Serait-il possible de réduire la liste des OR acceptables ?**
- **Peut-on tenir pour acquis que les OR énumérées ci-dessus seraient soumises aux dispositions de l'AMI concernant le traitement national et le régime de la nation la plus favorisée ?**

25. Le TCE et l'ALENA excluent également certains programmes gouvernementaux des obligations concernant les OR. Cette exclusion concerne les OR qui constitue une condition d'accès aux programmes d'encouragement des exportations, d'aide extérieure, d'achats publics, ou de tarifs préférentiels ou de contingents. Si les experts devaient juger qu'il serait également souhaitable d'exclure ces programmes de l'obligation prévue au paragraphe 3, on pourrait alors adopter la formulation suivante :

Paragraphe 5

"Aucune disposition du paragraphe 3 ne peut être interprétée comme empêchant une partie contractante d'appliquer les obligations de résultat énumérées dans ce paragraphe comme condition d'accès aux programmes d'encouragement des exportations, d'aide extérieure, d'achats publics, ou de tarifs préférentiels ou de contingents]".

Question :

- **Bien que les exclusions prévues au paragraphe 5 ci-dessus figurent dans l'ALENA et dans le TCE, l'AMI devra-t-il aller plus loin dans la limitation de leur portée et, dans l'affirmative, de quelle façon ?**