



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. On examinera dans cette note les obligations qui pourraient être adoptées dans l'AMI pour les privatisations, en s'appuyant sur le résultat du débat d'orientation qui a eu lieu au sein du Groupe de négociation en mars 1996, à partir d'une note du Président et de contributions de deux délégations.

2. Le Groupe de négociation a conclu que, l'objectif étant un accord comportant des normes élevées, l'AMI devait contenir 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 la pénétration d'un marché. En l'absence de disciplines multilatérales dans ce domaine, les négociations en vue de l'AMI pourraient marquer un progrès décisif et déboucher sur des dispositions qui soient à la pointe du progrès.

3. Dans le même temps, le Groupe de négociation est convenu que chaque Etat doit conserver ses prérogatives souveraines pour ce qui est de la décision de privatisation.

II. Définition

4. La privatisation consiste en une cession partielle ou totale d'une entreprise publique à des intérêts privés. Elle peut prendre la forme de la vente du capital ou des actifs de l'entreprise publique. La vente 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. Bien entendu, l'entreprise en voie de privatisation ne sera une entreprise "privée" que si le contrôle de ses activités et de ses actifs a été transféré à un ou plusieurs opérateurs privés. Les possibilités d'investissement, conformément à la définition actuelle de l'investissement établie par le Groupe de rédaction n°2, peuvent couvrir tout l'éventail des biens privatisés par les autorités publiques.

5. Il ressort de la note d'une délégation DAF/MAI/RD(96)9 que la privatisation pourrait également englober l'octroi d'une concession ou la conclusion d'un contrat en vue de l'exercice d'une activité économique sans qu'il y ait vente ou transfert de la propriété ou du contrôle des actifs publics nécessaires pour exécuter l'activité en question. Les concessions sont également citées dans la définition de "l'investissement" proposée par le Groupe de rédaction n°2.

Question :

-- **Faut-il prévoir dans l'AMI une définition de la privatisation, dans le texte même de l'Accord ou par voie de déclaration interprétative ?**

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

i) *Droit de participer aux privatisations*

6. Les membres du Groupe de négociation considèrent, dans leur majorité, qu'une fois prise la décision de privatiser, l'AMI doit faire en sorte que les investisseurs étrangers bénéficient en règle générale des mêmes possibilités de participation à l'opération que les investisseurs nationaux. Il en résulte que les dispositions concernant le traitement national et le régime de la nation la plus favorisée qui ont été établies par le Groupe de rédaction n°2 (voir le document DAFPE/MAI/DG2(96)2) s'appliqueront en principe aux opérations de privatisation, sauf disposition contraire de l'Accord.

7. La règle de non-discrimination vaudrait, en principe, pour toutes les méthodes de privatisation utilisées par les autorités publiques. Elle vaudrait aussi bien pour la vente directe à un investisseur ou à un groupe d'investisseurs que pour une offre publique sur le marché national et/ou sur le marché international.

8. Les offres publiques, notamment sur le marché international, peuvent avoir, par rapport à la vente directe, l'avantage d'une plus grande transparence et d'un plus large éventail de possibilités pour les investisseurs étrangers. Mais imposer une méthode de privatisation ne serait pas conforme aux droits souverains de l'Etat en matière de privatisation.

9. La vente directe peut, dans certaines circonstances, mieux répondre aux besoins de l'entreprise à privatiser. Tel pourra être le cas pour les petites privatisations et la privatisation d'entreprises connaissant des difficultés financières. La vente privée peut également faciliter la négociation de garanties de la part de l'acquéreur de l'entreprise publique, ce qu'on ne pourrait pas probablement obtenir si l'actionariat était plus dispersé.

10. Il ressort de ces observations que les dispositions de l'AMI en matière de traitement national et de régime de la nation la plus favorisée ne peuvent pas en elles-mêmes assurer le résultat d'une opération de privatisation, en ce sens qu'on ne peut pas savoir si un investisseur national ou un investisseur étranger sera le meilleur opérateur. Il ne serait pas non plus raisonnable de permettre à un investisseur de contester toute décision de privatisation pour le simple motif que son offre n'a pas été retenue. Mais il devrait être possible de faire en sorte que les programmes de privatisation, de même que les règles et procédures qui régissent leur mise en oeuvre, ne comportent pas de dispositions discriminatoires à l'encontre des investisseurs étrangers, établis ou non établis¹.

11. Cette obligation pourrait s'appliquer à tous les types de restrictions, notamment le plafonnement des participations étrangères au capital des entreprises privatisées et la limitation des droits de vote et/ou des droits de participation au conseil d'administration et aux organes de gestion. Il faudrait néanmoins que l'application de cette obligation aux restrictions ayant trait au conseil d'administration et aux organes de gestion soit conforme aux disciplines de l'AMI concernant le personnel clé (voir DAFPE/MAI/DG3(96)1/REV1).

12. Un autre aspect a été abordé lors du débat d'orientation : les obligations de l'AMI doivent-elles être limitées aux restrictions "permanentes" maintenues après la privatisation (notamment, en ce qui concerne la cession ultérieure des actions à des investisseurs étrangers) ou doivent-elles être valables

¹. Ce qui milite également en faveur de dispositions rigoureuses pour la transparence dans l'AMI. Ce point est traité à la section V ci-après.

également pour les restrictions discriminatoires instaurées pour la participation étrangère à l'opération même de privatisation ?

13. Limiter l'obligation de non-discrimination aux restrictions "permanentes" n'ajouterait rien aux dispositions en matière de traitement national et de régime de la nation la plus favorisée, puisque ces mesures seraient en tout état de cause couvertes par ces dispositions comme toutes les autres restrictions affectant l'investissement étranger². La véritable contribution de l'AMI serait de s'appliquer aux restrictions concernant la participation directe des investisseurs étrangers à l'opération de privatisation³. L'AMI pourrait également s'appliquer à la prestation de services annexes (prestations de conseil, opérations de prise ferme, cabinets comptables...) de la part d'entreprises étrangères déjà établies.

Questions :

- **Faut-il que les obligations de traitement national et de régime de la nation la plus favorisée s'appliquent à tous les stades de l'opération de privatisation, sauf disposition contraire de l'AMI ?**
- **Ces obligations devraient-elles figurer dans un article spécifique de l'AMI, ou suffirait-il d'une note interprétative confirmant la large application des obligations de traitement national et de régime de la nation la plus favorisée ?**

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

14. Le débat d'orientation a montré que les gouvernements peuvent avoir des raisons légitimes de conserver, après la privatisation, une certaine influence ou certains pouvoirs d'action à l'égard des nouveaux propriétaires de l'entreprise privatisée. La méthode la plus courante, en dehors de la mise en place de nouvelles réglementations, est celle des actions "spéciales" conférant aux autorités publiques ou aux investisseurs de leur choix un droit de veto pour les principales décisions de l'entreprise privatisée. C'est pourquoi on a jugé qu'il fallait préciser si et comment les obligations de traitement national et de régime de la nation la plus favorisée devaient s'appliquer à ces mesures.

15. La protection de la sécurité nationale est l'un des motifs invoqués pour justifier les "actions spéciales". Mais, comme pour tous les autres types de restrictions à l'investissement étranger, cette préoccupation serait prise en compte dans l'article de l'AMI relatif aux exceptions générales. C'est pourquoi cette question n'appelle pas un examen particulier dans le contexte des privatisations.

16. Les actions spéciales détenues par les autorités publiques peuvent également servir à empêcher, au cours d'une période transitoire, un rachat inamicale de l'entreprise privatisée et à lui donner le temps de s'adapter à son nouvel environnement privé. Dans d'autres cas, des actions spéciales ont été émises au

². On n'ajouterait rien non plus aux obligations édictées par les Codes. Il ressort du procès-verbal du Conseil relatif à l'adoption des Codes, en 1961, que ceux-ci ne s'appliquent pas aux "opérations faites par un gouvernement pour son propre compte". Mais si une restriction est imposée pour la revente d'actions d'une société privatisée à des investisseurs non résidents, le pays concerné a l'obligation et la faculté de formuler une réserve.

³. Cela serait plus conforme à l'Instrument relatif au traitement national, étant entendu que la disposition en cause de l'AMI aurait un caractère juridiquement contraignant et s'appliquerait également aux investisseurs étrangers non établis. L'Instrument relatif au traitement national prévoit que toute restriction interdisant ou limitant la participation d'une entreprise établie sous contrôle étranger à une opération de privatisation par rapport à la participation d'une entreprise nationale doit être notifiée en tant qu'exception au traitement national.

profit de groupes d'investisseurs acceptant de payer plus cher l'entreprise ou de conserver leur participation dans l'entreprise privatisée pendant un certain délai ("groupes d'actionnaires stables"). Les objectifs que s'assignent les autorités peuvent être variables : création d'emplois, développement régional ou sauvetage d'une entreprise publique en difficulté financière, entre autres.

17. Ces actions spéciales ou ces dispositifs spéciaux, ainsi que les obligations de résultat auxquelles ils peuvent aboutir, n'introduisent pas nécessairement une discrimination entre les investisseurs nationaux et les investisseurs étrangers. On peut y voir le résultat d'un processus de négociation entre l'autorité chargée de la privatisation et les futurs acquéreurs de l'entreprise publique. En fait, on ne devrait pas les considérer comme incompatibles avec l'AMI dès lors que tout investisseur, quelle que soit sa nationalité, a la faculté de faire des propositions à l'autorité chargée de la privatisation.

Question :

- **Les actions spéciales ou les dispositifs spéciaux en matière d'actionariat doivent-ils être considérés comme conformes au traitement national et au régime de la nation la plus favorisée, dès lors qu'ils ne sont pas expressément ou délibérément discriminatoires à l'encontre des investisseurs étrangers et de leurs investissements ?**

iii) Rachat par les salariés et autres programmes de participation

18. 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 salariés pour leur contribution aux résultats de l'entreprise publique qui sera privatisée. Les dirigeants et 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.

19. Ces dispositifs ne semblent pas de nature discriminatoire, puisqu'ils affectent aussi bien les investisseurs nationaux ne remplissant pas les conditions requises que les investisseurs étrangers. Mais ils pourraient enfreindre les obligations de traitement national et de régime de la nation la plus favorisée si les dirigeants étrangers ou les salariés étrangers de l'entreprise publique ne bénéficient pas des programmes de participation parce qu'ils sont étrangers. Il faut voir également comment seront définies les obligations concernant le personnel clé.

20. On a fait valoir au cours du débat d'orientation que les opérations de privatisation favorisant une large participation du public, notamment par des ventes préférentielles aux résidents, peuvent permettre d'obtenir le soutien du public pour des opérations de privatisation particulièrement délicates. Toutefois, les programmes de participation du public limités aux nationaux seraient contraires à l'obligation de traitement national. Les programmes de participation du public favorisant les résidents locaux seraient, quant à eux, discriminatoires à l'encontre des investisseurs non établis.

Questions :

- **Peut-on poser en principe que les rachats par les salariés et les programmes de participation des salariés ne sont pas contraires aux obligations de traitement national et de régime de la nation la plus favorisée, dès lors qu'ils ne comportent pas un régime discriminatoire fondé sur la nationalité des cadres et salariés ?**
- **Les programmes de participation du public justifient-ils un traitement spécial ?**

iv) Petites privatisations

21. La dimension d'une opération de privatisation est susceptible, en elle-même d'entraver la participation étrangère, puisqu'il peut ne pas être économiquement viable de lancer des offres publiques à l'étranger ou d'entourer d'une large publicité l'opération de privatisation. La vente directe peut être un mode de privatisation plus adapté que la grande privatisation (voir également les paragraphes 7 à 9 ci-dessus). Il faut néanmoins que les investisseurs étrangers puissent avoir accès aux informations, quelles qu'elles soient, disponibles localement, ou puissent consulter directement l'autorité chargée de la privatisation.

22. En cas d'exception aux obligations de l'AMI, il faudrait en tout état de cause fixer le seuil au-dessous duquel les dispositions de l'AMI concernant la non-discrimination ne s'appliqueraient pas.

Question :

- **Y-a-t-il accord sur le fait que les ventes directes dans le cadre des programmes de petites privatisations ne seraient pas contraires à l'AMI en l'absence de discrimination expresse à l'encontre des investisseurs étrangers ?**

IV. Transparence

23. Eu égard à la complexité des opérations de privatisation et aux divers facteurs pouvant influencer sur le résultat d'une privatisation, la transparence peut jouer un grand rôle du point de vue de la participation étrangère. Il ne faut pas seulement que l'investisseur puisse avoir accès aux réglementations et procédures applicables à un programme de privatisation, mais aussi qu'il puisse connaître les caractéristiques spécifiques des diverses opérations de privatisation. Il peut également avoir besoin de clarifications pour la formulation de son offre. Il devra enfin avoir la possibilité de déterminer, dans les limites de la confidentialité des informations sur les entreprises, les motifs financiers et techniques pour lesquels ces décisions ont été prises.

24. En l'état actuel, les obligations de l'AMI en matière de transparence sont les suivantes : chaque partie contractante "publie ou met à la disposition du public d'une autre manière, dans les moindres délais, ses lois, réglementations, procédures, décisions administratives et décisions judiciaires d'application générale⁴ "pouvant affecter le fonctionnement de l'Accord". Chaque partie contractante devra également répondre dans les moindres délais à des questions précises et fournir, sur demande, aux autres parties contractantes des renseignements sur les questions soulevées par l'Accord. Des dispositions sont toutefois prévues pour protéger la confidentialité des informations concernant les entreprises⁵.

⁴ [Lorsqu'une partie contractante établit des politiques qui ne sont pas formulées dans ses lois ou réglementations ou dans tout autre instrument énuméré dans le présent paragraphe, mais qui peuvent affecter le fonctionnement de l'Accord, elle les publie ou les met à la disposition du public d'une autre manière dans les moindres délais].

⁵ Le Groupe de rédaction n°2 a proposé le texte suivant :

“[Une partie contractante n'est pas tenue de fournir ou de rendre accessibles des informations concernant des investisseurs ou des investissements particuliers dont la divulgation empêcherait l'application de ses réglementations ou serait contraire à ses lois en matière de protection de la confidentialité]”.

25. En vertu de ces dispositions, les autorités chargées des privatisations ne seraient pas tenues de publier leurs programmes de privatisation à l'étranger. Elles ne seraient pas non plus tenues de répondre à des demandes précises de renseignements émanant d'investisseurs étrangers intéressés.

Question :

- **A-t-on besoin de règles spécifiques en matière de transparence en cas de privatisation, notamment en ce qui concerne les moyens de communication entre les investisseurs et les autorités chargées des privatisations ?**