



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

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

## **RAPPORT DU GROUPE D'EXPERTS SUR DES "THEMES SPECIAUX"**

## **RAPPORT DU GROUPE D'EXPERTS SUR DES "THEMES SPECIAUX"**

J'ai l'honneur de vous transmettre ci-joint le rapport du Groupe d'experts n°3 en exécution de son mandat.

Le Groupe a rédigé des commentaires détaillés sur toutes les questions figurant dans son mandat :

- a. Personnel clé
- b. Obligations de résultat
- c. Incitations à l'investissement
- d. Privatisation
- e. Monopoles/entreprises d'État
- f. Pratiques des sociétés.

Un projet de texte, assorti de crochets pour les termes sur lesquels il n'y a pas accord, a été établi en ce qui concerne les obligations de résultat. Le Groupe a également considéré que la proposition d'une délégation concernant l'admission temporaire et le séjour des investisseurs et du personnel clé constituaient une base utile pour les travaux futures et a formulé des commentaires écrits sur ce texte. Dans la plupart des autres domaines, un consensus tend actuellement à se dégager sur le fait que le traitement national, le régime de la nation la plus favorisée et les obligations de transparence s'appliqueraient.

Le Groupe invite le Groupe de négociation à lui conférer un nouveau mandat pour la poursuite de ses travaux et en particulier l'établissement de textes en tant que de besoin.

Président

## TABLE DES MATIERES

|                                     |    |
|-------------------------------------|----|
| Personnel clé .....                 | 4  |
| Les obligations de résultat .....   | 15 |
| Incitations à l'investissement..... | 24 |
| Privatisation .....                 | 30 |
| Monopoles/entreprises d'État .....  | 38 |
| Pratiques des sociétés.....         | 46 |

## PERSONNEL CLE

### I. INTRODUCTION

1. Le Groupe a examiné d'éventuelles disciplines concernant l'admission temporaire, le séjour et l'emploi des investisseurs et autres personnels clé, les obligations en matière d'emploi et les conditions de nationalité applicables aux membres des conseils d'administration.

2. Un consensus existe quant au fait que l'AMI devrait contenir des dispositions traitant du personnel clé et que ces dispositions ne devraient pas interférer avec l'application normale au personnel clé des lois sur l'immigration ou de la législation du travail du pays. En outre, il a été suggéré que les dispositions de l'AMI devraient être "subordonnées" aux lois et réglementations nationales sur l'admission, le séjour et le travail des personnes physiques. La nature des dispositions (obligations juridiquement contraignantes, engagements de "meilleurs efforts" ou combinaison des deux) dépendra de leur portée -- catégories de personnes concernées et conditions qui leur sont applicables -- et de la nécessité de tenir compte des législations nationales sur l'immigration et le travail. Le Groupe a décidé de travailler dans l'optique de la mise au point d'une obligation de l'AMI qui présenterait un caractère juridiquement contraignant et d'étudier la catégorie de personnes qui pourrait bénéficier des dispositions et dans quelles conditions. Parmi les autres options figurent la possibilité d'adopter l'approche des "meilleures efforts", soit en remplacement d'une obligation juridiquement contraignante, soit pour la compléter selon la catégorie de personnes.

3. L'AMI sera un accord comportant les normes les plus élevées possible, de sorte que les obligations ou engagements seront applicables à toutes les parties. Les mesures non conformes aux obligations seront énumérées sous forme de réserves ; celles qui sont contraires aux engagements ne créant pas d'obligations juridiques seront notifiées à des fins de transparence. Quand à l'application de cette règle générale aux dispositions concernant le personnel clé, ceci sera décidé ultérieurement. Le Groupe a convenu que l'AMI devrait tenir compte des engagements existants dans d'autres accords internationaux<sup>1</sup> et, lorsqu'il y a lieu, aller au-delà. Ces dispositions pourraient fournir des orientations utiles, mais certaines d'entre elles touchent à des préoccupations liées au commerce plus générales. Aux fins de l'AMI, il devrait donc y avoir un lien précis avec l'investissement.

4. A sa réunion du 9 septembre, le Groupe a examiné un projet de proposition d'une délégation [DAFFE/MAI/EG3/RD(96)2]. Ce projet de texte, accompagné de commentaires reflétant les débats du Groupe, figure en annexe à la présente note. Les délégations ont estimé que ce projet de texte constituait une bonne base de discussion pour la question de l'admission temporaire et du séjour. Toutefois, il ne traite pas des autres questions examinées dans le présent rapport, à savoir les obligations en matière d'emploi et les obligations de nationalité applicables aux conseils d'administration. Une délégation a réservé sa position à l'égard de ce document. Une autre délégation considère que le projet de texte,

---

<sup>1</sup> Les relations générales avec les autres accords internationaux et, en particulier, l'Accord général sur le commerce des services et les conséquences sur les engagements relatifs à la clause de la nation la plus favorisée seront examinées par le Groupe de négociations en septembre.

reposant sur l'approche de l'AGCS, va trop loin pour les transferts intra-société. De l'avis de cette délégation, il serait préférable que l'AMI, en tant qu'accord sur l'investissement, ne s'applique qu'au personnel clé essentiel pour l'investissement.

## **II. ADMISSION TEMPORAIRE, SEJOUR ET TRAVAIL**

### ***1. Investisseurs***

5. Le Groupe a étudié si les investisseurs (c'est-à-dire des personnes physiques<sup>2</sup>) devaient ou non être autorisés à entrer et séjourner dans un pays et, dans l'affirmative, quels seraient les critères et conditions applicables. De façon générale, les investisseurs souhaitent entrer sur le territoire d'un pays hôte pour veiller à l'établissement, au développement, à l'administration ou à la gestion d'un investissement ou apporter des conseils quant à son déroulement. Les déplacements d'investisseurs peuvent être particulièrement importants pour l'identification des projets d'investissements. Le risque qu'une définition large de l'investissement puisse permettre l'installation de sociétés "boîtes à lettres" ou l'entrée de personnes ne souhaitant pas véritablement investir, pourrait être évité en exigeant que l'investisseur opère un investissement<sup>3</sup> "substantiel"<sup>4</sup>, ou en prévoyant une disposition de refus des avantages<sup>5</sup>. Certaines délégations ont pensé qu'il ne devrait pas y avoir d'autres critères que ceux énoncés par la définition de l'investisseur figurant dans l'accord.

6. Pour autant que les conditions convenues soient remplies, l'AMI pourrait conférer un statut reconnaissable "d'investisseur" grâce auquel la personne concernée serait en droit de bénéficier de formalités de demande qui faciliterait son admission temporaire, son séjour et, le cas échéant, son travail dans les pays de l'AMI. Cela pourrait impliquer que les autorités conviennent de renoncer à l'application de certaines conditions telles que les critères concernant le marché de l'emploi (besoins économiques) ou les contingents d'admission. Les services de l'immigration conserveraient la possibilité d'appliquer des formalités administratives pour s'assurer de la validité du statut demandé.

### ***2. Personnel clé pour un investissement***

7. Outre les investisseurs, les dispositions de l'AMI pourraient être applicables aux autres personnes habituellement désignées sous la vocable de "personnel clé"<sup>6</sup>. Le Groupe a convenu qu'il serait difficile de parvenir à une définition précise de cette expression acceptée par tous. Toutefois, certaines catégories pourraient être déterminées à partir, peut-être, de critères tels que le lien avec les fonctions à assumer dans le cadre de l'investissement.

---

<sup>2</sup> Certaines délégations ont déclaré qu'elles seraient prêtes à envisager l'élargissement du droit d'entrée aux termes des dispositions de l'AMI sur le personnel clé aux ressortissants de toute partie à l'accord, qu'ils aient ou non la même nationalité que l'investisseur. Cette question mériterait peut-être un examen plus approfondi par le Groupe

<sup>3</sup> La relation entre la définition de l'investissement aux fins des dispositions concernant le personnel clé et certaines catégories de transactions sur le marché des capitaux est encore en cours d'examen.

<sup>4</sup> Etant entendu que le qualificatif "substantiel" aura une signification différente selon le secteur concerné.

<sup>5</sup> Le Groupe de rédaction n°3 examine actuellement une clause de refus des avantages constituée une solution satisfaisante au problème des sociétés boîtes à lettres.

<sup>6</sup> Voir note 2 ci-dessus.

--Toutes les délégations ne sont pas d'accord sur les catégories qui pourraient être visées, mais elles ont décidé d'examiner si les dispositions relatives au personnel clé pourraient être appliquées aux :

Cadres dirigeants (personnes ayant des responsabilités en matière d'orientation et de prise de décision),

Personnels de direction de niveau supérieur (directeurs et responsables du contrôle),

Spécialistes (experts hautement qualifiés dans un domaine donné),

-- pour autant que, dans chaque cas, la présence de la personne dans le pays hôte soit essentielle pour l'établissement, l'acquisition, l'expansion, l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou toute autre aliénation de l'investissement. Certaines délégations souhaiteraient limiter ces activités d'investissement à l'établissement, l'exploitation et la liquidation.

8. Cette disposition viserait à permettre à l'investisseur, ou son investissement, de faire appel à ces catégories de personnes, sous réserve que les conditions énoncées dans l'AMI soient remplies. Ces conditions pourraient inclure, par exemple, l'obligation que le permis de travail soit directement lié et limité à un emploi précisé ou que la demande formulée par la personne soit appuyée par l'entité concernée qui certifierait que le candidat entre dans l'une des catégories autorisées. Les parties à l'AMI pourraient appliquer des formalités administratives visant à s'assurer de la validité de ce statut. Certaines délégations souhaiteraient voir un lien direct avec l'investissement dans la mesure où le personnel clé doit être essentiel à l'investissement.

9. Certaines délégations considèrent que s'il est nécessaire de préciser plus encore quel type de personnel clé pourrait se voir accorder le droit d'entrée, de séjour et de travail, les dispositions pourraient alors prévoir qu'il doit s'agir de personnes "faisant l'objet d'un transfert au sein d'une société". La plupart des pays de l'OCDE ont pris des engagements spécifiques concernant l'admission temporaire de personnes faisant l'objet d'un transfert au sein d'une entreprise dans les listes par pays de l'Accord général sur le commerce des services. Une délégation, [DAFFE/MAI/RD(96)3] a formulé une proposition spécifique visant à faciliter le transfert au sein d'une société de personnel clé, au terme de laquelle l'AMI énoncerait des règles visant à favoriser ce type de transfert en allégeant les restrictions imposées par les lois et réglementations sur l'immigration. Toutefois, un certain nombre de délégations n'acceptent pas que l'AMI distingue entre les personnes faisant l'objet d'un transfert au sein d'un groupe et les autres catégories de personnel clé.

10. Si l'AMI doit comporter une disposition relative au transfert au sein d'un groupe, il sera alors nécessaire de préciser la catégorie de personnes qui pourrait être concernée. Si elle se limite aux cadres dirigeants, directeurs et spécialistes ayant été antérieurement salariés de la société, cette approche pourrait être plus restrictive que la précédente. Toutefois, la disposition pourrait être également étendue à d'autres personnels au motif qu'il existe une relation d'emploi avec la société. Il pourrait également être nécessaire de préciser les conditions devant être remplies avant que la disposition relative à l'admission temporaire de personnes faisant l'objet d'un transfert au sein d'une société puisse être applicable. Ces conditions nécessiteront une étude plus approfondie, mais pourraient prévoir que :

- la personne a soit été salariée d'un groupe international (transfert au sein d'une société). Certains pays souhaiteraient ajouter une condition de durée minimum de l'emploi antérieur, d'un an par exemple ;

- le permis de travail soit directement lié et limité à un emploi précisé dans une entité spécifique du groupe; quelques délégations considèrent que cette condition pourrait être extrêmement difficile à appliquer;
- la demande de la personne soit appuyée par le groupe international qui pourrait certifier que le candidat entre dans l'une des catégories de personnel clé autorisées aux termes de l'AMI.

11. La disposition de l'AMI servirait à permettre aux autorités de faciliter l'entrée et la délivrance de permis de travail pour les catégories de personnes définies en ne leur appliquant pas les critères concernant le marché du travail (besoins économiques), les contingents d'admission ou autres restrictions, pour autant que les conditions énoncées dans l'AMI soient remplies. Les parties seraient autorisées à vérifier l'authenticité du statut demandé.

### **3. Conjoints et enfants mineurs**

12. Un large accord s'est dégagé sur le fait que l'AMI devait comporter une disposition accordant l'admission temporaire et le séjour aux conjoints et enfants mineurs. Certaines délégations ont déclaré que les dispositions relatives au personnel clé pourraient n'avoir que peu de valeur si les visas d'entrée peuvent être refusés aux conjoints ou aux enfants à charge. D'autres ont souligné que ce type de disposition pourrait entraîner notamment des difficultés sur le plan des définitions et une délégation considère qu'il pourrait en résulter des conséquences négatives pour les législations nationales du travail.

13. Quelques délégations sont d'avis que la délivrance de permis de travail aux conjoints pourrait faciliter la circulation du personnel clé, mais dans leur majorité les délégations craignent que cela pose des problèmes, notamment sur le plan du régime NPF. Certaines délégations considèrent qu'on confère ainsi plus de droits aux conjoints qu'aux investisseurs et au personnel clé.

### **5. Durée du séjour**

14. Les avis divergent quant au fait de savoir si les dispositions de l'AMI relatives à l'admission temporaire et au séjour devraient inclure une limitation de durée. Certaines délégations considèrent qu'il est nécessaire d'éviter une obligation sans limitation et proposent des périodes minimum de deux à cinq ans, ou une période maximum de, par exemple, quatre ans. L'AMI pourrait prévoir le renouvellement automatique des permis, sous réserve qu'il soit possible d'appliquer certaines formalités nécessaires pour vérifier que les conditions requises sont toujours remplies. D'autres délégations sont d'avis que le séjour devrait pouvoir se poursuivre tant que les personnes assure les mêmes fonctions et satisfont à l'ensemble des conditions requises pour l'autorisation initiale d'entrée et de séjour.

## **III. OBLIGATIONS EN MATIÈRE D'EMPLOI**

15. Le Groupe a examiné la possibilité de faire figurer dans l'AMI une disposition concernant les obligations en matière d'emploi. Il a noté que le TCE comportait à ce sujet une disposition (article 11). Il l'obligerait de prendre en compte les personnes physiques résidant déjà dans le pays et possédant des permis de séjour/résidence et de travail valides et certaines délégations considèrent qu'on devrait également préciser que l'emploi devrait être conforme aux conditions et restrictions prévues dans les permis en question. Cette disposition permettrait à un investisseur d'embaucher des personnes quelle que soit leur nationalité. Certaines délégations considèrent que cette disposition n'est pas indispensable, dans la mesure où cette obligation fera partie des obligations de l'accord relatives au traitement. D'autres

soulignent qu'une telle disposition pourrait être nécessaire, en particulier en cas d'adhésion de pays non membres qui pourraient imposer des conditions impératives d'emploi de main-d'oeuvre locale.

16. Si l'application du traitement national n'est pas considérée comme suffisante pour traiter des conditions de nationalité qui pourraient être imposées par une partie, les délégués devront étudier quel type de disposition doit être incluse dans l'AMI. Ceci pourrait dépendre des catégories de personnes qui seraient visées, à savoir les personnels de rang élevé tels que les cadres, les directeurs et les experts, ou d'autres personnes se trouvant légalement sur le territoire et détenant des permis de travail et de séjour valides.

17. Si la disposition de l'AMI doit empêcher l'application de contingents d'emploi ou de critères concernant le marché du travail (besoins économiques) nationaux, elle ne devrait pas pouvoir servir aux investisseurs étrangers pour éviter l'application de certaines lois nationales, telles que celles sur la non-discrimination. Elle ne devrait pas non plus empêcher une partie de veiller au respect de sa législation concernant les conditions requises pour l'octroi des permis de travail et de séjour. Toutefois, toute pratique administrative nécessaire aux fins de vérification ne devrait pas servir à compromettre ou réduire à néant cette disposition.

#### **IV. CONDITIONS DE NATIONALITE APPLICABLES AUX MEMBRES DES CONSEILS D'ADMINISTRATION**

18. Certains pays maintiennent des conditions de nationalité pour les membres des conseils d'administration. S'il est décidé que ces obligations ne devraient pas être autorisées en vertu de l'AMI, cette interdiction pourrait soit être implicitement imposée par le biais de l'application de l'obligation relative au traitement national (en prévoyant peut-être une note interprétative à cet effet), soit faire l'objet d'une disposition spécifique. Cette question devra être examinée plus avant.

## ANNEXE

### PROPOSITION D'UNE DÉLÉGATION D'AVANT-PROJET D'ARTICLE SUR L'ADMISSION TEMPORAIRE ET LE SEJOUR

#### **Admission temporaire des investisseurs et des personnes faisant l'objet d'un transfert à l'intérieur d'une société**

1. Chaque partie contractante accorde l'admission temporaire et remet des documents confirmatifs à cet effet à une personne physique d'une autre partie contractante qui :

(a) en qualité d'investisseur souhaite établir, développer ou administrer une entreprise, ou fournir des conseils ou des services techniques essentiels quant à l'exploitation d'une entreprise, au titre de laquelle il a engagé ou est en train d'engager une somme importante, ou

(b) en qualité de salarié d'une entreprise d'une autre partie contractante désire pour une période d'au moins un an :

i) établir une filiale de cette entreprise ou une entité apparentée à cette entreprise, au titre de laquelle l'entreprise a engagé ou est en train d'engager une somme substantielle, ou

ii) rendre des services à une filiale de cette entreprise ou à une entité apparentée à cette entreprise, en tant que cadre dirigeant, directeur ou spécialiste, dès lors qu'elle satisfait aux mesures applicables en matière d'admission temporaire concernant la santé et la sécurité publiques ainsi que la sécurité nationale.

2. Chaque partie contractante :

(a) accorde l'admission temporaire et remet les documents confirmatifs à cet effet au conjoint et aux enfants mineurs d'une personne physique d'une autre partie contractante à laquelle a été accordée l'admission temporaire en vertu du paragraphe 1, dès lors qu'ils satisfont aux mesures applicables en matière d'admission temporaire concernant la santé et la sécurité publiques ainsi que la sécurité nationale, et

(b) accorde l'autorisation de travailler au conjoint d'une personne physique d'une autre partie contractante à laquelle a été accordée l'admission temporaire en vertu du paragraphe 1.

3. Les parties contractantes ne peuvent :

(a) exiger, comme condition de l'admission temporaire dans le cadre des paragraphes 1 et 2, exiger des validations de l'offre d'emploi ou d'autres procédures ayant un effet similaire, ou

(b) imposer ou maintenir des restrictions numériques concernant l'admission temporaire en vertu des paragraphes 1 et 2.

4. Aux fins du présent article :

**Personne physique** d'une autre partie contractante signifie une personne physique ayant la nationalité d'une autre partie contractante ou résidente permanente de celle-ci conformément à sa loi applicable ;

Entreprise d'une autre partie contractante signifie une personne morale ou une autre entité constituée ou organisée selon la loi applicable d'une autre partie contractante, avec ou sans but lucratif, détenue ou contrôlée par des personnes privées ou publiques, et comprend une société de capitaux, une fiducie, une société de personnes, une entreprise individuelle, une coentreprise, une association ou une organisation ainsi qu'une succursale d'une entreprise ;

**Cadre** dirigeant signifie une personne physique qui dirige principalement la gestion d'une entreprise ou définit les objectifs et les stratégies de l'entreprise ou d'une fraction ou d'une fonction importantes de l'entreprise, bénéficie d'une grande latitude dans sa prise de décision et ne reçoit d'instructions ou ne fait l'objet d'une supervision générale que de la part de cadres dirigeants de niveau plus élevé, du conseil d'administration ou des actionnaires de l'entreprise ;

**Directeur** signifie une personne physique qui dirige la gestion d'une entreprise, de l'un de ses départements ou de l'une de ses subdivisions, supervise et contrôle le travail d'autres salariés exerçant des fonctions de supervision, des fonctions professionnelles ou des fonctions de gestion, a le pouvoir de recruter et de licencier ou de recommander le recrutement ou le licenciement ou de prendre d'autres mesures concernant le personnel et exerce un pouvoir discrétionnaire pour les opérations au jour le jour à un niveau élevé;

**Spécialiste** signifie une personne physique qui possède des connaissances à un niveau élevé d'expertise et qui possède des connaissances spécifiques des produits, services, équipements de recherche, techniques ou pratiques de gestion de l'entreprise.

## COMMENTAIRE SUR LA PROPOSITION DE CETTE DÉLÉGATION CONCERNANT

### **L'admission temporaire et le séjour des investisseurs et des personnes faisant l'objet d'un transfert à l'intérieur d'une société**

1. Les délégations ont estimé que la proposition de cette délégation constituait une bonne base de discussion en vue de la rédaction d'un projet d'article sur l'admission temporaire et le séjour. Ce texte ne traite pas la question des obligations en matière d'emploi et des obligations de nationalité applicables au conseil d'administration, qui a été examinée par le Groupe dans le contexte d'une disposition de l'AMI ayant trait au personnel clé.

2. Le Groupe examine actuellement s'il ne faudrait pas faire précéder d'un chapeau les paragraphes 1 et 2 en précisant que ces dispositions sont soumises au droit national de l'immigration et au droit national du travail. Certaines délégations se sont interrogées sur les conséquences que pourrait avoir une telle disposition introductive pour celles concernant le personnel clé, en particulier pour ce qui est des liens entre cette disposition introductive et le paragraphe 3.

#### ***PARAGRAPHE 1***

3. Plusieurs délégations se sont montrées en faveur de l'exigence d'une "somme importante" aux alinéas a) et b). D'autres considèrent que ces termes seront source d'incertitude et pourraient constituer un obstacle majeur à certaines formes d'investissement. Le Groupe souhaite étudier de plus près une proposition qui fournirait une liste d'exemples qui illustreraient l'adjectif "important" et qui pourraient être variables d'un secteur à l'autre.

4. Certaines délégations craignent également que cette exigence d'une "somme importante" aboutisse à ce que le terme "investisseur" tel qu'utilisé dans les dispositions concernant le personnel clé ait un sens différent de celui qu'il a aux fins des autres dispositions de l'accord. Une délégation a noté que cette différenciation était justifiée dans ce contexte.

5. Les délégations ont posé un certain nombre de questions au sujet de la portée de l'alinéa 1 b). Plusieurs délégations craignent qu'on aille au-delà de la notion de personnel clé ou de personnel essentiel pour l'investissement actuel.

6. L'alinéa b) vise un "salarié d'une entreprise". Certaines délégations estiment que le terme "entreprise" est trop restreint, et qu'il faudrait employer le terme plus large "investissement".

7. Certaines délégations considèrent que l'obligation d'emploi préalable pour le salarié d'une entreprise (alinéa b)) peut fausser le processus d'investissement en ayant un impact déloyal pour les nouveaux investisseurs et les petites et moyennes entreprises sans avantage corrélatif pour le pays procédant à l'admission. Ces délégations estiment en outre que cette obligation peut ne pas répondre aux besoins effectifs d'un investissement et qu'elle ne doit pas être utilisée comme moyen pour déterminer si une personne physique est essentielle pour un investissement. Ces délégations considèrent que le niveau de précision de l'alinéa a) restreint inutilement la portée de cette disposition. Une délégation a souligné les difficultés qu'on rencontre pour définir ce qu'il faut entendre par "essentiel".

8. Diverses opinions se sont exprimées quant à la durée à exiger pour l'emploi préalable, plusieurs délégations jugeant nécessaire cette obligation d'emploi préalable ne serait-ce que parce leur loi nationale en matière d'immigration comporte une condition à cet effet. Une délégation est d'avis qu'il faudrait peut-être préciser que la relation d'emploi préalable doit être continue et ne doit pas s'appliquer à un salarié qui

n'a pas été précédemment employé. Une autre délégation s'est demandé si l'utilisation d'une obligation d'emploi préalable pour éviter que les lois nationales en matière d'immigration soient éludées est bien une solution efficace.

9. Certaines délégations ont abordé la question de la durée du séjour ; elles estiment qu'il faudrait fixer une durée maximale (par exemple 2 à 3 ans). D'autres délégations considèrent que si les dispositions en cause visaient uniquement le personnel essentiel, la durée du séjour pour toute personne serait la période au cours de laquelle cette personne resterait essentielle pour l'investissement.

10. Le Groupe est convenu qu'il faut étudier de plus près les catégories de personnel auxquelles doivent s'appliquer ces dispositions.

11. Plusieurs délégations ont souligné qu'à leur sens les deux dernières lignes du paragraphe 1 s'appliquaient uniquement au salarié b) et pas à l'investisseur a). La délégation auteur de cette proposition a précisé que la première partie de cette phrase s'appliquait uniquement au b), alors que les mesures concernant la santé et la sécurité publiques ainsi que la sécurité nationale s'appliquaient aussi bien aux investisseurs qu'aux salariés.

## **PARAGRAPHE 2**

12. Un grand nombre de délégations considèrent qu'on se trouve en présence d'un obstacle de fait à la circulation du personnel clé et ces délégations seraient prêtes à accorder l'admission temporaire et le séjour aux conjoints et aux enfants mineurs. Certains pays iraient plus loin et accorderaient au conjoint, dans le cadre de l'AMI, le droit de travailler. L'une des principales difficultés serait déjà de s'entendre sur la signification du terme "conjoint". S'agit-il également des personnes non mariées ? La solution est différente selon le pays.

13. D'autres délégations pourraient envisager une clause de meilleurs efforts pour l'admission temporaire et le séjour des conjoints et des enfants mineurs, mais elles seraient très défavorables à l'octroi d'un permis de travail. Elles estiment qu'une disposition de l'AMI accordant aux conjoints un permis de travail pour n'importe quelle activité économique créerait un "marché commun du travail pour les conjoints au titre de l'AMI" et conférerait au conjoint des droits allant au-delà de ceux que l'accord accorde à l'investisseur. Une délégation a souligné la nécessité d'assurer la subsistance du conjoint et des enfants pour accorder l'admission temporaire et le séjour. Certaines délégations craignent qu'en refusant un permis de travail au conjoint on nuise considérablement à l'efficacité de cette disposition.

## **PARAGRAPHE 3**

14. Certaines délégations estiment que les termes "validations de l'offre d'emploi" sont trop vagues. Elles pourraient accepter que ces validations de l'offre d'emploi soient interdites dans l'AMI si elles désignent des critères de besoins économiques et des restrictions numériques. Mais si ces validations de l'offre d'emploi signifient que les autorités peuvent vérifier les qualifications professionnelles, les opinions sont plus partagées. Pour certaines délégations, il est important que les pays ne soient pas empêchés de vérifier les qualifications professionnelles du personnel clé demandant l'admission temporaire et le séjour. D'autres délégations sont d'avis que, dès lors qu'on définit correctement les différentes catégories de personnel clé, les validations des qualifications posent moins de problèmes, puisque, comme l'a souligné une délégation, le personnel clé n'intervient souvent que comme conseiller pour l'investissement.

15. Certaines délégations ont expliqué que leur pays, pour des raisons politiques, devrait continuer à imposer des critères de besoins économiques et des restrictions numériques. Toutefois, les quotas sont suffisamment élevés pour ne pas constituer un obstacle. Ces pays devront formuler une réserve si l'AMI comporte une obligation de ne pas imposer des critères de besoins économiques ou des restrictions numériques.

#### **PARAGRAPHE 4**

##### **Personne physique d'une partie contractante**

16. Les opinions sont divergentes sur le point de savoir si, aux fins de ces dispositions, les personnes physiques doivent se limiter aux ressortissants ou résidents permanents d'une autre partie contractante de l'AMI. On a fait valoir que pour le personnel clé la nationalité ne doit pas être un critère dès lors que ce personnel est salarié dans le cadre d'un investissement réalisé dans une partie à l'AMI. Certaines délégations ne jugent pas nécessaire de définir l'expression "personne physique d'une partie contractante", car la définition de l'investisseur dans d'autres dispositions de l'accord serait applicable en l'occurrence. Une délégation a précisé qu'elle ne pouvait pas accepter qu'on mentionne les résidents permanents dans le contexte de l'admission temporaire et du séjour, bien qu'elle soit d'accord pour que les résidents soient mentionnés dans la définition générale de l'"investisseur".

17. Une délégation a soumis, pour examen, une proposition qui permettrait de multilatéraliser la pratique conventionnelle bilatérale de ce pays :

"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.”

18. Pour la plupart des délégations, ces dispositions ne devraient pas comporter de définition de l’“entreprise” d’une autre partie contractante, car cette notion est déjà définie dans les définitions générales de l’accord.

19. La définition du cadre dirigeant et du directeur est adéquate d’une façon générale, mais il pourrait y avoir des chevauchements entre ces deux catégories. Il faudra approfondir la catégorie des “spécialistes”. Une délégation souhaiterait inclure dans cette catégorie les “formateurs”.

## LES OBLIGATIONS DE RESULTAT

### I. Remarques générales

19. En tant qu'accord visant à fixer des normes élevées, l'AMI devra contenir des dispositions relatives aux obligations de résultat (OR). Les OR sont des obligations imposées par les gouvernements aux investisseurs étrangers dans le but de s'assurer certains avantages économiques. Elles posent une série de problèmes car elles interfèrent dans les décisions commerciales et engendrent sur le marché des distorsions préjudiciables à l'utilisation efficiente des fonds engagés dans l'investissement.

20. Les obligations de l'AMI concernant le traitement national et le régime de la nation la plus favorisée ne suffiront pas à régler ce problème. L'AMI devra tenter d'interdire autant d'OR que possible afin de minimiser les distorsions ou restrictions que ces obligations font peser sur les activités d'investissement. Il faudra essayer d'aller au-delà des disciplines figurant dans d'autres accords tels que l'accord sur les MIC, la TCE et l'ALENA. Il importera toutefois d'éviter la création d'obligations contradictoires et le chalandage en matière de règlement des différends concernant l'investissement (ces questions sont examinées par le Groupe d'experts n°1).

21. Le Groupe d'experts a décidé d'adopter une approche fonctionnelle permettant de distinguer deux catégories d'OR - celles qui ne sont pas liées à l'octroi d'un avantage (par exemple, les OR qui conditionnent une autorisation) et celles qui le sont -- sans toutefois préjuger de l'adoption d'une liste d'OR unique, solution préconisée par quelques délégations.

22. Il a également été convenu que les obligations de l'AMI en la matière devraient se limiter aux OR présentant un caractère obligatoire ou exécutoire aux termes de la législation nationale ou d'autres règles administratives. Les OR peuvent également avoir une incidence sur le plan des incitations à l'investissement (II), dans la mesure où l'interdiction d'une OR liée à une II implique une limitation de l'utilisation de cette II. Cet aspect doit être gardé à l'esprit lors de l'élaboration de disciplines dans ces deux domaines. Il faut également ne pas perdre de vue les dispositions de l'accord du GATT sur les subventions et les mesures compensatoires de 1994, car celui-ci comporte également des disciplines concernant les incitations à l'investissement. Le Groupe d'experts a décidé que les OR imposées dans le cadre de privatisations devraient être traitées lors des discussions du Groupe sur ce sujet.

23. Le projet de texte proposé qui figure en annexe au présent rapport a été considéré comme une bonne base de travail pour la mise au point des dispositions de l'AMI relatives aux OR.

### II. Obligations de résultat non liées à l'octroi d'un avantage

24. Il est apparu que les OR à prendre en compte dans l'AMI devaient être celles imposées ou exécutoires aux termes des lois, réglementations, procédures, décisions administratives et judiciaires

d'application générale ou des politiques établies au plan national<sup>7</sup>. Il s'agira des OR concernant les investisseurs et les investissements tels que définis par l'AMI<sup>8</sup>.

25. Dans leur grande majorité, les délégations ont exprimé une préférence pour une liste fermée d'OR interdites. Cette formule permettrait d'assurer, tant pour les gouvernements que pour les investisseurs, une clarté et une certitude plus grandes quant au caractère et à la portée exacte des obligations de l'AMI dans ce domaine. Il y a également des objectifs de politique légitimes, notamment ceux figurant dans le droit du travail, la législation sur la sécurité sociale ou les lois relatives à l'environnement, que la plupart des délégations ont souhaité voir être pris en compte. Deux délégations souhaiteraient cependant que l'on conserve une liste ouverte jusqu'à ce que la forme de l'interdiction soit mieux connue.

26. Le Groupe d'experts a convenu que l'interdiction de l'AMI devrait englober les OR interdites aux termes de l'Accord de l'OMC sur les MIC (à savoir les points *b*) à *e*) du paragraphe 1 de l'annexe). Une large majorité des délégations a considéré que, même si ce n'est pas le cas dans cet accord, elle devrait également couvrir les obligations de résultat à l'exportation et être applicables à la fois aux biens et aux services.

27. De l'avis général du Groupe, la formulation de la rubrique a), pas plus que celle de la rubrique e) du projet d'article sur les OR n'interdirait les restrictions à l'exportation ou les interdictions d'exportation ou les obligations de vente intérieure. Une discussion plus approfondie sera nécessaire.

28. La plupart des délégations ont jugé que l'AMI devrait également couvrir les deux autres OR énumérées à l'article 1106.1 de l'ALENA, à savoir les OR concernant les transferts de technologies, les procédés de production et autres connaissances exclusives, et celles concernant les accords d'exclusivité de distribution. En ce qui concerne les transferts de technologies (paragraphe 1, point f du projet d'article), certaines délégations ont jugé qu'il conviendrait de s'assurer de la compatibilité avec les accords sur la propriété intellectuelle existants, dans la mesure où certains d'entre eux peuvent autoriser certaines OR (exemple : licence obligatoire) sous certaines conditions. D'autres délégations n'ont pas partagé ce point de vue. Des travaux analytiques supplémentaires seront nécessaires.

29. Un certain nombre de délégations ont cependant jugé que, même avec ces adjonctions, l'article sur les OR mettrait encore trop l'accent sur leurs effets perturbateurs sur le commerce et qu'il conviendrait de s'efforcer réellement d'élargir la portée de cette disposition aux OR plus directement liées aux marchés des capitaux et du travail. L'une des possibilités consisterait à interdire au paragraphe 1, e) du projet d'article, toutes les OR concernant les ventes locales, et pas seulement celles liées aux exportations et aux recettes en devises. Les obligations relatives à la fabrication et au recrutement local pourraient être également ajoutées à la liste. Quelques délégations ont pensé qu'on gagnerait en transparence en énumérant également les obligations concernant la participation locale au capital ou les coentreprises, même si ces mesures doivent être, en principe, couvertes par les articles sur le traitement national et le régime de la NPF.

---

<sup>7</sup>. Cette formulation suit étroitement celle du projet d'article de l'AMI, en vertu duquel les obligations de l'AMI pourraient être applicables aux "lois, réglementations, procédures, décisions administratives et décisions judiciaires d'application générale" ainsi qu'aux "politiques établies" qui ne sont pas formulées dans des lois ou réglementations ou dans tout autre instrument. Voir DAF/MAI(96)16, page 5, Rapports consolidés des Groupes de rédaction n°1 et n°2.

<sup>8</sup>. Les propositions formulées par le Groupe de rédaction n°2 figurent à la section A.I. du document DAF/MAI(96)16.

30. Une délégation a proposé d'examiner si l'AMI pourrait inclure quelques-unes des OR explicitement exclues aux termes de l'article 1106.4 de l'ALENA et, plus particulièrement, les OR concernant l'implantation de la production, la formation ou l'emploi des salariés, la construction ou l'expansion d'installations particulières. Les obligations de financement local ont été également mentionnées à cet égard. Plusieurs délégations ont été séduites par cette approche plus ambitieuse, mais il a également été reconnu que plus la liste serait large, plus les conditions ou limitations visant à préserver la possibilité pour les parties contractantes de déterminer leur propre politique dans ces domaines risqueraient d'être nombreuses. Cette remarque devra être conservée à l'esprit lors des futures discussions.

31. Un consensus général s'est dégagé sur le fait qu'une partie contractante ne devrait pas se voir empêchée d'adopter ou de maintenir des mesures nécessaires à la protection de la santé publique, de la sécurité et de l'environnement, pour autant que les obligations concernant le traitement national et le régime de la NPF soient respectées. Il n'y a cependant aucune raison impérieuse de traiter de ces questions dans le cadre des OR. La grande majorité des délégations a cependant jugé qu'il ne serait pas nécessaire de conserver les précisions de l'article 1106.2 de l'ALENA sur les prescriptives relatives aux spécifications techniques imposées par la législation ou la réglementation nationales en matière de santé, de sécurité et d'environnement, qui pourraient concerner les transferts de technologies. Plusieurs délégations ont réservé leur position à ce stade.

### **III. Obligations de résultats liées à l'octroi d'un avantage**

32. Une large majorité de délégations ne s'est pas prononcée de façon définitive sur la façon dont les OR liées à l'octroi d'un avantage devraient être assujetties à des disciplines dans le cadre de l'AMI, tout en reconnaissant que les circonstances qui conditionnent leur existence ne sont pas entièrement les mêmes que pour les autres OR. Il est sans doute politiquement et économiquement légitime de chercher à s'assurer que les programmes d'aide gouvernementaux remplissent leur fonction, comme il est normal de veiller à ce que l'argent des contribuables soit employé à bon escient. Retirer à un investisseur les avantages d'une incitation, même si celle-ci est liée à une OR, a sur l'investissement des conséquences différentes de celles de la suppression d'OR imposées par un simple acte juridique ou réglementaire. Du fait de ces différences, la liste des OR interdites pourrait être plus courte pour les OR liées à l'octroi d'un avantage que pour les autres. Plusieurs délégations ont cependant jugé que la liste devrait être identique pour les deux catégories d'OR.

33. Plusieurs délégations ont souligné la nécessité d'une compatibilité et d'une harmonie entre les disciplines de l'AMI concernant les OR et celles relatives aux incitations à l'investissement. Il conviendrait également de prendre en considération les disciplines de l'OMC et, notamment, l'Accord sur les mesures relatives à l'investissement affectant les échanges et celui sur les subventions et les mesures compensatoires du GATT de 1994. Une délégation a jugé que ces nouveaux accords n'avaient pas encore été mis à l'épreuve et qu'il ne serait pas judicieux pour l'AMI de tenter d'aller au-delà de ces instruments.

34. Un certain nombre de délégations ont souligné cependant que l'Accord sur les subventions de l'OMC ne couvrait que l'aspect budgétaire de l'incitation à l'investissement, mais pas les OR connexes, ce qui laisse toute liberté pour mettre au point dans le cadre de l'AMI des obligations concernant des OR liées à l'octroi d'un avantage. Dans tous les cas, cet accord devra englober celles visées par l'Accord sur les MIC, à savoir les OR figurant aux points b) à e) du paragraphe 1 de l'annexe. En ce qui concerne la première catégorie d'OR examinées, une majorité des délégations s'est déclarée en faveur d'une interdiction des OR à l'exportation liées à l'octroi d'une aide à l'investissement.

35. Un certain nombre de délégations se sont déclarées favorables à ce que l'on englobe à la fois les biens et les services. Il pourrait s'agir là aussi d'une avancée importante par rapport à l'accord sur les MIC affectant les échanges. Le Groupe d'experts s'est cependant rangé aux commentaires de la délégation d'un pays de l'ALENA selon laquelle la ligne de partage entre les services sous-traités (comptabilité et publicité) et les obligations relatives à l'emploi n'est pas toujours facile à tracer. Il serait donc nécessaire de réfléchir plus avant sur la façon dont les OR concernant l'emploi pourraient être englobées dans l'AMI.

36. Des doutes plus importants ont été émis quant au fait que les OR liées à des incitations à la R-D pourraient être interdites au titre de l'AMI, compte tenu de la nature des programmes d'incitation actuellement en place dans ce domaine dans les pays de l'OCDE.

37. Aucune autre OR susceptible de faire l'objet d'une obligation d'interdiction n'a été recensée en dehors de celles mentionnées dans le projet d'article figurant en annexe, mais les délégations ont été invitées à réfléchir à la liste de l'article 1106.4 de l'ALENA. Il a également été décidé de revenir sur les exceptions énumérées à l'article 1108.8 de cet accord une fois que la liste des OR interdites sera confirmée. Aucune tendance générale ne s'est dégagée en faveur d'une tentative de définition du terme "avantage", bien que quelques délégations aient fait remarquer qu'il ne pouvait se limiter à une possibilité d'investissement ou à l'octroi d'une licence d'exploitation.

38. Certaines délégations ont proposé de faire figurer dans le projet d'article sur les OR des dispositions s'inspirant des articles 1106 et 1108 de l'ALENA.

#### **IV. Réserves et exceptions**

39. Le Groupe d'experts a jugé prématuré d'étudier si une obligation d'interdiction au titre de l'AMI devait être applicable dès l'entrée en vigueur de l'accord (ou à l'issue d'une période de transition comme dans le cas de l'accord sur les MIC affectant les échanges) ou si les parties contractantes seraient en droit de formuler des réserves pour les mesures non conformes, conformément aux propositions formulées à cet égard. Cet aspect soulève également des questions importantes concernant l'adhésion de pays non membres de l'OCDE à l'AMI. Il serait souhaitable de revenir sur cette question à un stade ultérieur.

## *Annexe*

### **Projet d'article sur les obligations des résultats<sup>9</sup>**

#### **Paragraphe 1<sup>10</sup>**

Une partie contractante ne peut imposer, appliquer ou maintenir l'une quelconque des obligations suivantes, ou faire appliquer des engagements concernant l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, l'exploitation ou la réalisation d'un investissement d'un investisseur d'une partie contractante ou d'une partie non contractante sur son territoire<sup>11</sup>

- (a) exporter un niveau ou un pourcentage donnés de biens ou services;
- (b) atteindre un niveau ou un pourcentage donnés de contenu national;
- (c) acheter, utiliser ou privilégier des biens, produits ou des services fournis sur son territoire, ou acheter des biens ou services auprès de personnes se trouvant sur son territoire;
- (d) lier d'une quelconque façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou aux rentrées de devises résultant de l'investissement ;
- (e) limiter sur son territoire les ventes de biens ou services que cet investissement permet de produire ou de fournir en liant d'une quelconque façon cette vente au volume ou à la valeur des exportations ou aux rentrées de devises résultant de;
- [(f) [transférer une technologie, un procédé de production ou d'autres connaissances exclusives à une personne physique sur son territoire] [sauf si l'obligation est imposée ou l'engagement mis à exécution par une juridiction administrative ou judiciaire ou par une autorité compétente en matière de concurrence pour remédier à une prétendue violation des lois sur la concurrence ou agir d'une manière qui ne contrevient pas à d'autres dispositions de l'accord];]
- [(g) implanter son siège pour une région spécifique ou pour le marché mondial dans une partie contractante] ou agir comme fournisseur exclusif d'une région spécifique du marché mondial, à partir de territoire d'une partie contractante, pour un ou plusieurs des biens que l'investissement permet de produire des services qu'il permet de fournir].

---

<sup>9</sup> Une délégation réserve sa position pour toutes les dispositions en matière d'OR allant au-delà de l'accord sur les MIC et du TCE. Une autre délégation considère que cette obligation devrait être limitée aux OR énoncées dans les lois, réglementations, procédures, décisions administratives et décisions judiciaires d'application générale, ainsi que dans les politiques établies, et exclue les obligations contractuelles entre l'investisseur et l'État car ceci sont invariablement liés aux avantages - le sujet du paragraphe 2. Certaines délégations maintiennent une réserve de précaution sur le contenu et la structure du paragraphe.

<sup>10</sup>. Il reste encore à décider si les paragraphes 1 et 2 pourraient être fusionnés. Certaines délégations proposent que le paragraphe 1 commence par "sous réserve du paragraphe 2. . ."

<sup>11</sup>. La place de cette expression dans les dispositions relatives au traitement national et au régime de la nation la plus favorisée reste encore à déterminer [voir DAF/MAI(96)16, A.II.1].

- (h) [atteindre, en valeur ou en volume, un niveau donné de production, d'investissement, de fabrication, [de vente]<sup>12</sup> d'emploi, de recherche et développement sur son territoire];
- (i) [recruter un effectif ou un type donnés de personnel local]; ou
- (j) établir une opération conjointe;] ou
- [j) (autres aspects à déterminer)<sup>13</sup>].

## Paragraphe 2

Une partie contractante ne peut conditionner le bénéfice ou le maintien du bénéfice d'un avantage, en ce qui concerne un investissement effectué sur son territoire<sup>14</sup> par un investisseur d'une partie contractante ou d'une partie non contractante, au respect d'une quelconque des obligations suivantes:

- (a) [exporter un niveau ou un pourcentage donnés de biens ou de services];
- (b) atteindre un niveau ou un pourcentage donnés de contenu local;
- (c) acheter, utiliser ou privilégier des biens [et services]<sup>15</sup> produits sur son territoire ou leur accorder la préférence;
- (d) lier d'une quelconque façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou aux rentrées de devises résultant de cet investissement; ou
- (e) limiter sur son territoire la vente de biens ou services que cet investissement permet de produire ou de fournir en lisant d'une quelconque façon cette vente au volume ou à la valeur des exportations ou aux rentrées de devises résultant de l'investissement; ou
- [(f) d'autres à définir.]

Note: Plusieurs délégations suggèrent qu'on envisage des dispositions s'inspirant des articles 1106 et 1108 de l'ALENA ; ces articles sont repris dans l'appendice ci-après.

---

<sup>12</sup> Certaines délégations considèrent que les prescriptions en matière d'OR doivent s'appliquer aux obligations relatives aux ventes intérieures minimales, par exemple en cas de pénurie nationale de pétrole. D'autres délégations sont d'avis qu'il ne faut pas prendre en compte ces prescriptions, de façon à ne pas porter atteinte au droit des parties contractantes d'imposer des interdictions d'exportation dans des circonstances appropriées.

<sup>13</sup> Certaines délégations proposent d'ajouter les obligations relatives à la participation locale au capital, que constituent un obstacle important à l'investissement. D'autres délégations estiment que ces obligations seraient couvertes par les dispositions concernant le traitement national et le régime de la nation la plus favorisée.

<sup>14</sup> Voir note 3.

<sup>15</sup> Il reste encore à déterminer de quelle façon cette disposition exclura les services sous-traités.

## *Appendice*

Cet appendice reproduit diverses dispositions de l'ALENA concernant les obligations de résultat.

### **Article 1106 : Prescriptions de résultats**

#### *Paragraphe 1*

Aucune des Parties ne pourra imposer ou appliquer l'une des prescriptions suivantes ou faire exécuter un engagement s'y rapportant, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction ou l'exploitation d'un investissement d'un investisseur d'une autre Partie ou d'un pays tiers sur son territoire:

- a) exporter une quantité ou un pourcentage donné de produits ou de services;
- b) atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national;
- c) acheter, utiliser ou privilégier les produits ou les services produits ou fournis sur son territoire, ou acheter des produits ou services de personnes situées sur son territoire;
- d) lier de quelque façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devises associés à cet investissement;
- e) restreindre sur son territoire la vente des produits ou des services que cet investissement permet de produire ou de fournir, en liant de quelque façon cette vente au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devises;
- f) transférer une technologie, un procédé de production ou autre savoir-faire exclusif à une personne située sur son territoire, sauf lorsqu'un tribunal judiciaire ou administratif ou une autorité compétente en matière de concurrence impose la prescription ou fait exécuter l'engagement pour corriger une violation présumée des lois sur la concurrence ou agir d'une manière qui n'est pas incompatible avec les autres dispositions du présent accord ; ou
- g) agir à titre de fournisseur exclusif d'un marché régional ou mondial pour les produits que l'investissement permet de produire ou les services qu'il permet de fournir.

#### *Paragraphe 2*

Une mesure qui oblige un investissement à utiliser une technologie donnée pour répondre à des prescriptions d'application générale en matière de santé, de sécurité ou d'environnement ne sera pas interprétée comme étant incompatible avec l'alinéa (1)f). Il demeure entendu que les articles 1102 et 1103 s'appliquent à ladite mesure.

#### *Paragraphe 3*

Aucune des Parties ne pourra subordonner l'octroi ou le maintien de l'octroi d'un avantage en ce qui concerne un investissement d'un investisseur d'une autre Partie ou d'un pays tiers sur son territoire, à l'observation de l'une quelconque des prescriptions suivantes :

- a) atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national ;
- b) acheter, utiliser ou privilégier les produits sur son territoire, ou acheter des produits de producteurs situés sur son territoire ;
- c) lier de quelque façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devise associées à cet investissement ou
- d) restreindre sur son territoire la vente des produits ou des services que cet investissement permet de produire ou de fournir, en liant de quelque façon cette vente au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devises.

#### *Paragraphe 4*

Aucune disposition du paragraphe 3 ne sera interprétée comme empêchant une Partie de subordonner l'octroi ou le maintien de l'octroi d'un avantage, en ce qui concerne un investissement d'un investisseur d'une Partie ou d'un pays tiers sur son territoire, à l'obligation de situer l'unité de production, de fournir un service, de former ou d'employer des travailleurs, de construire ou d'agrandir certaines installations ou d'effectuer des travaux de recherche-développement sur ledit territoire.

#### *Paragraphe 5*

Les paragraphes 1 et 3 ne s'appliquent à aucune prescription autre que celles qui y sont visées.

#### *Paragraphe 6*

Aucune disposition des alinéas (1)b) ou c) ou (3)a) ou b) ne sera interprétée comme empêchant une Partie d'adapter ou de maintenir des mesures, notamment des mesures environnementales, nécessaires aux fins d'assurer

- a) l'observation de lois et de règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord,
- b) la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et la préservation des végétaux, ou
- c) la conservation des ressources naturelles épuisables biologiques et non biologiques,

sous réserve que lesdites mesures ne soient pas appliquées d'une manière arbitraire ou injustifiée, ni ne constituent une restriction déguisée au commerce international ou à l'investissement.

## **Article 1108**

### *Paragraphe 8*

Les dispositions :

a) des alinéas 1106(1)a), b) et c) et (3)a) et b) ne s'appliquent pas aux prescriptions en matière de qualification de produits ou de services relativement à des programmes de promotion des exportations et d'aide à l'étranger;

b) des alinéas 1106(1)b), c), f) et g), et (3)a) et b) ne s'appliquent pas aux achats effectués par une Partie ou une entreprise d'État ; et

c) des alinéas 1106(3)a) et b) ne s'appliquent pas aux prescriptions imposées par une Partie importatrice relativement à la teneur que doivent avoir les produits pour être admissibles à des tarifs préférentiels ou à des contingents préférentiels.

## INCITATIONS A L'INVESTISSEMENT

### I. Remarques générales

40. Le Groupe d'experts a jugé qu'en tant qu'accord comportant des normes élevées, l'AMI devrait couvrir les incitations à l'investissement (II) et tenter d'établir des disciplines dans ce domaine. Les II constituent un aspect important du traitement accordé aux investisseurs étrangers et à leurs investissements. Elles peuvent également avoir des effets perturbateurs sur les flux d'investissement transfrontières et aboutir à une surenchère coûteuse entre les pays pour attirer l'investissement étranger. Des points de vue divergents se sont toutefois exprimés en ce qui concerne la nature et la portée possibles des dispositions de l'AMI dans ce domaine.

41. Les discussions ont cependant confirmé qu'il s'agit là d'une question à la fois politiquement délicate et techniquement complexe. Les II peuvent prendre diverses formes et ne peuvent pas être aisément définies. La nature et l'ampleur des distorsions économiques qu'elles peuvent engendrer sont variables. Les accords internationaux existants tels que l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires du GATT de 1994 et celui sur MIC de l'OMC contiennent d'importantes disciplines relatives à l'incidence commerciale des II, mais on ne discerne pas clairement si elles permettent de traiter les problèmes liés à l'"investissement" posés par les II et dans quelle mesure. Les II concernent également d'autres aspects abordés dans le cadre de l'AMI et notamment les obligations de résultat et la fiscalité.

42. A la lumière de ces remarques, le Groupe d'experts a examiné deux grandes séries de questions, à savoir a) l'application du traitement national, du régime de la NPF et de la transparence au domaine des II et b) l'opportunité et la faisabilité de l'inclusion dans l'AMI de disciplines spécifiques pour les II susceptibles d'avoir les effets perturbateurs les plus importants sur la répartition internationale de l'investissement étranger.

### II. Application des obligations de l'AMI relatives au traitement national et au régime de la NPF

#### *i) Traitement national et régime de la NPF*

43. Dans leur majorité, les délégations ont considéré que les obligations relatives au traitement national et au régime NPF devraient être applicables à tous les types d'II (eu égard au traitement des questions fiscales dans l'AMI actuellement examiné par le Groupe d'experts n° 2). Elles ont également jugé que le régime NPF devait être applicable dans le cas où le traitement national n'est pas prévu. Une délégation a cependant précisé que ces obligations devraient se limiter aux II qui ne perturbent pas les échanges. Une autre a indiqué qu'elle restait opposée à l'établissement dans l'AMI de disciplines dans le domaine des II.

44. Les délégations favorables à l'établissement de disciplines dans l'AMI ont jugé toutefois que les mesures non conformes devraient faire l'objet de réserves spécifiques des pays conformément à la

procédure définie par le Groupe de rédaction n° 2 [DAFFE/MAI(96)16]. Selon une délégation, les parties contractantes devraient être en droit de formuler de telles réserves lors de la mise en place de nouveaux programmes d'II.

45. L'application de ces obligations fondamentales de l'AMI ne devrait pas présenter de difficultés lorsque les conditions d'accès aux programmes d'II sont clairement définies dans la législation ou d'autres textes juridiques nationaux. Certaines délégations ont cependant fait remarquer qu'il ne serait peut-être pas toujours facile de parvenir à une telle conclusion si les autorités responsables bénéficient d'une certaine marge de manoeuvre dans la mise en oeuvre de ces programmes. Bien que ce problème puisse ne pas se limiter aux II, il revêt ici une importance particulière du fait du caractère subjectif de l'évaluation des avantages d'un projet d'investissement. Quelques délégués ont toutefois fait remarquer que ceci ne devrait pas empêcher l'application des obligations prévues par l'AMI.

46. Les délégations ont également étudié le cas des II conçues en fonction d'un projet d'investissement particulier et qualifiées fréquemment alors d'II "exceptionnelles" ou occasionnelles. Un certain nombre de délégations ont exprimé des doutes quant à l'applicabilité, en l'absence de tout élément de comparaison approprié, des dispositions relatives au traitement national et au régime NPF, puisque la question est ici posée en termes comparatifs. Ce type d'II peut aboutir à une limitation majeure de ces obligations, compte tenu en particulier de l'importance croissante que ces programmes ont prise ces dernières années dans les pays de l'OCDE.

47. D'autres délégations ont considéré que ce n'était pas une raison suffisante pour exclure explicitement les II occasionnelles ou exceptionnelles du champ d'application de l'AMI. Elles ont au contraire plaidé en faveur d'obligations solides et générales en matière de transparence et de règlement des différends, afin d'éviter une interprétation et une application précaires des obligations relatives au traitement national et au régime de la NPF.

48. Il serait souhaitable de se pencher plus en détail sur ce problème.

## *ii) Transparence*

49. Une majorité des délégations a jugé inutile de mettre au point des disciplines spécifiques concernant la transparence en plus de celles déjà envisagées dans l'article de l'AMI consacré à ce sujet (DAFFE/MAI(96)16, section A.II.2)<sup>16</sup>. Si, comme il a été proposé, les II sont assujetties, en principe, aux dispositions relatives au traitement national et au régime de la NPF, chaque partie contractante sera tenue de "publier ou mettre à la disposition du public d'une autre manière et dans les moindres délais ses lois, réglementations, procédures et politiques"<sup>17</sup> concernant les II, dans la mesure où elles peuvent "affecter le fonctionnement de l'accord". Elle sera aussi tenue de répondre dans les moindres délais à des questions précises et de fournir, sur demande, aux autres parties contractantes des renseignements sur les problèmes

---

<sup>16</sup> Il a été noté que les questions concernant les paradis fiscaux et les dépendances territoriales sont sous études par le Comité des affaires fiscales de l'OCDE.

<sup>17</sup> ... et décisions administratives et décisions judiciaires d'application générale, ainsi que ses conventions internationales pouvant affecter le fonctionnement de l'accord. Lorsqu'une partie contractante établit des politiques qui ne sont pas formulées dans des 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.

soulevés par les II<sup>18</sup>. Certaines délégations ont également fait référence à la charge administrative déjà imposée par les obligations sur la transparence d'autres accords internationaux et, notamment, l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires du GATT de 1994. Une autre délégation a jugé que cet argument n'était pas déterminant, estimant en outre que la transparence devait être assurée à tous les niveaux de l'administration, y compris au sein des entités infra-fédérales.

50. Quelques délégations se sont par contre demandé si cet article sera suffisant pour les II. Selon elles, il n'est pas certain que dans sa formulation il englobe toutes les modalités de mise en oeuvre des II ni, ce qui est plus important encore, les décisions à caractère discrétionnaire des autorités responsables et le montant de l'aide effectivement versé. Des dispositions supplémentaires pourraient prévoir, comme c'est le cas dans la Charte européenne de l'énergie, que les programmes d'II exceptionnelles soient notifiés aux autorités chargées de l'application de l'AMI afin d'être examinés. La transparence apparaîtrait constituer une obligation minimum pour ce type d'II. Les sociétés étrangères pourraient également se voir accorder le droit d'obtenir des réponses sur des questions spécifiques qu'elles pourraient se poser sur les II. Pour ce qui est de la transparence concernant le versement des II, une délégation a fait valoir qu'il s'agissait non seulement d'une question très sensible, mais également d'une obligation extrêmement difficile à mettre en oeuvre.

51. Le Groupe d'experts a considéré que ces questions devraient être examinées plus avant.

### **III. Disciplines supplémentaires**

#### ***i) Discrimination positive***

52. Il a été admis que les obligations relatives au traitement national et au régime NPF (y compris la provision d'accorder aux investisseurs les meilleures conditions relatives au traitement national et au régime NPF) n'empêcheraient pas les parties contractantes d'offrir, sur leur territoire respectif, des II "plus favorables" aux investisseurs étrangers qu'aux investisseurs nationaux. Un grand nombre de délégations ont jugé cependant qu'il ne serait pas sage, concernant les II, d'interdire la discrimination positive en faveur des investisseurs étrangers. Une telle mesure pourrait engendrer la confusion quant à la signification de l'obligation relative au traitement national prévue dans l'AMI et susciter des interrogations sur la raison pour laquelle la discrimination positive n'est pas interdite dans d'autres domaines. Certaines délégations estiment qu'une telle obligation soulèverait des difficultés pour les pays très actifs dans la promotion de l'investissement étranger.

53. D'autres délégations ont avancé par contre qu'il devrait être possible d'intégrer cette obligation dans l'AMI. Si elle est appliquée de façon uniforme cette formule présenterait l'avantage de ne pas rendre nécessaire une définition générale des II. Les programmes d'II pourraient y gagner en loyauté et en acceptabilité au niveau national ou local. Cette obligation rendrait l'octroi d'une II plus coûteux au gouvernement, dans la mesure où les investisseurs tant nationaux qu'étrangers seraient en droit d'obtenir les mêmes avantages. Elle serait compatible avec un AMI visant à instaurer des normes élevées. Plusieurs délégations ont suggéré que la discrimination positive soit interdite pour certaines incitations (telles que les subventions). De l'avis de ces délégations, cette formule serait bénéfique du point de vue du bien-être économique pour les pays pratiquant la discrimination positive. Un certain nombre de délégations ont proposé d'approfondir les travaux si l'on décide de poursuivre l'examen de cette option.

---

<sup>18</sup> Les parties contractantes ne seront pas tenues cependant de divulguer des informations commerciales confidentielles.

ii) *Limitations spécifiques au recours aux II*

54. Une grande majorité des délégations a jugé qu'il serait extrêmement difficile, voire impossible, compte tenu du calendrier fixé pour les négociations sur l'AMI, d'élaborer des limitations spécifiques au recours aux II, au-delà du traitement national, du régime de la nation la plus favorisée et de la transparence. Un certain nombre de remarques ont été formulées à l'appui de cette position.

55. Selon ces délégations, les problèmes que posent la définition la quantification des II sont très complexes. On ne dispose pas d'informations suffisantes sur leur nature, leur portée et leur incidence économique. Les II peuvent revêtir diverses formes dont certaines spécifiques (dons, subventions, avantages fiscaux) et d'autres plus générales (facilités concernant les infrastructures ou la R-D, différence dans les obligations réglementaires). Ces formes peuvent varier avec le temps et selon les pays. Elles peuvent être offertes par différentes administrations (administrations nationales, locales, municipalités). Elles peuvent s'appuyer sur diverses considérations (création d'emplois, développement régional, ...). Les incitations fiscales et non fiscales sont également souvent interchangeables. D'importants travaux de base paraissent donc nécessaires pour déterminer les priorités en matière de disciplines supplémentaires dans ce domaine.

56. Il faut également veiller à ne pas reproduire ou remettre en chantier des disciplines fixées dans d'autres instances. Certains ont notamment fait remarquer que l'accord sur les subventions du GATT comportait des dispositions relatives à certains types d'incitations à l'investissement perturbant les "échanges". Il serait souhaitable de déterminer dans quelle mesure ces disciplines englobent les II faussant "l'investissement" et, en particulier, celles qui engendrent les distorsions les plus importantes au plan de l'investissement international.

57. Quelques délégations ont estimé que l'AMI ne devrait pas viser à consolider ces disciplines, mais plutôt à combler les lacunes éventuelles dans le traitement des II faussant l'investissement. Ici également, d'importants travaux analytiques pourraient être nécessaires.

58. De façon plus générale, on a souligné que les limitations quantitatives ou qualitatives des II constitueraient, sur le plan conceptuel, une nouvelle approche différente de celle adoptée dans les dispositions relatives au traitement national et au régime de la NPF. Si l'objectif de ces dispositions est de conférer aux investisseurs étrangers des droits, l'imposition de contraintes dans le recours aux II aboutirait inévitablement à retirer certains avantages à ces investisseurs. Quelques délégations ont jugé qu'elles n'étaient pas prêtes à envisager cette approche, car elle pourrait également réduire leur aptitude à attirer ceux des investissements étrangers qui seraient bénéfiques pour leur économie. D'autres délégations se sont interrogées sur la raison d'être de disciplines concernant les II pour les parties à l'AMI, en l'absence de disciplines similaires pour les Etats non signataires. Une telle formule présenterait en matière de compétitivité le risque de conséquences négatives sur la situation des premiers par rapport aux seconds.

59. Quelques délégations ont fait part de leur malaise à l'idée que l'ensemble du problème des II génératrices de distorsions ne soit pas traité au cours des négociations de l'AMI. Plusieurs délégations ont jugé qu'il devrait être possible de s'inspirer des travaux effectués ailleurs, notamment au GATT et à l'OCDE, pour élaborer des dispositions spécifiques concernant les II tant fiscales que non fiscales. L'article 1 de l'accord de 1994 sur les subventions et les mesures compensatoires pourrait servir de base pour la définition de ces II. Il serait également souhaitable que l'AMI mette l'accent sur les II concernant spécifiquement une entreprise, un secteur ou un lieu d'implantation. L'article 2 de l'accord du GATT pourrait également offrir un point de départ utile pour définir une telle obligation spécifique. En ce qui concerne les disciplines qui pourraient être envisagées, ces délégations ont suggéré que le *statu quo* et le démantèlement pourraient offrir des moyens efficaces pour réduire la perturbation générale des

investissements que provoquent les II. Ils ont invité le Groupe d'experts à étudier les suggestions formulées dans la note DAFPE/MAI/EG3/RD(96)1.

60. Une délégation a suggéré que l'article 10 de la Charte européenne de l'énergie consacré à la promotion, à la protection et au traitement des investissements pourrait offrir une formule de rechange pour inclure dans l'AMI des dispositions concernant les II. Une clause de meilleurs efforts pourrait encourager les parties à l'AMI à restreindre l'offre d'II et à informer le Groupe des parties des modalités spécifiques de tout programme d'II nouveau ou existant. Cet article pourrait également prévoir un programme de travaux complémentaires sur les II après l'entrée en vigueur de l'AMI. Une telle approche serait moins ambitieuse que celle du GATT, mais elle présenterait l'avantage de permettre de consacrer plus de temps aux travaux analytiques nécessaires et à l'établissement d'une base pour l'élaboration éventuelle de dispositions à partir de ces travaux.

61. Les délégations se sont montrées moins attirées par l'approche adoptée dans l'Instrument de l'OCDE concernant les stimulants et obstacles aux investissements internationaux, sans toutefois souhaiter l'écarter complètement dans l'immédiat. Une délégation a toutefois laissé entendre que des lignes directrices ne présentant pas un caractère contraignant pourraient constituer la meilleure approche pour ce qui est du recours à certaines II. Certaines délégations ont pensé qu'il pourrait être par ailleurs utile d'étudier les avantages des procédures de l'Arrangement de l'OCDE relatif à des lignes directrices pour les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public.

62. Les délégations sont restées sceptiques quant à la nécessité de procédures de consultation spéciales pour les II, mais ont jugé que pour prendre une décision définitive, il faudrait attendre que le choix concernant la portée de l'AMI soit opéré. L'hypothèse adoptée est que, comme dans les autres accords, les consultations constitueraient la première étape du mécanisme de règlement des différends de l'AMI. Elles pourraient également faire partie des fonctions du Groupe des parties. Il devrait être possible de reconsidérer l'adéquation des dispositions sur le règlement des différends et le rôle du Groupe des parties lorsque leur organisation sera mieux connue. Une délégation s'est demandé si le mécanisme de règlement des différends de l'AMI pourrait être applicable aux II qui perturbent l'investissement, ou à celles accordées illégalement. Ces questions mériteraient elles aussi d'être examinées plus avant.

63. Le Groupe d'experts a conclu que les obligations relatives au traitement national et aux obligations NPF devaient s'appliquer aux incitations à l'investissement<sup>19</sup>. Tout en notant les problèmes évoqués, par exemple, avec paragraphes 10 et 16 du présent rapport, le Groupe a également conclu qu'il fallait examiner de plus près la nécessité et la nature d'une disposition spécifique en matière de transparence, ainsi que la nécessité et la nature éventuelle d'autres dispositions ou disciplines concernant les incitations à l'investissement. Pour ces travaux, on pourrait, par exemple, recenser les questions à traiter dans l'AMI et celles à traiter après son entrée en vigueur<sup>20</sup>. Un certain nombre de délégations estiment qu'il importe, pour les travaux futurs de tenir compte des informations en provenance d'autres instances. Le Groupe d'experts a noté qu'une délégation proposait de rédiger un document sur les problèmes de définition et de transparence. Ce document et la note du Secrétariat

---

<sup>19</sup> Une délégation a réservé sa position à l'égard de cette première phrase, vu l'incertitude entourant la définition des incitations à l'investissement, notamment du point de vue des interactions avec les obligations fiscales.

<sup>20</sup> Tout en notant qu'il apportait au Groupe de négociation de définir le calendrier et les modalités des travaux ultérieurs concernant les incitations à l'investissement, plusieurs délégations ont proposé que les travaux postérieurs à l'entrée en vigueur de l'AMI fassent l'objet d'un programme de travail prévu dans l'accord. D'autres délégations estiment que le Groupe d'experts devrait recenser les thèmes que pourraient être étudiés, mais qu'il ne lui appartient pas de proposer des mécanismes précis, car cela irait au-delà de son mandat.

[DAFFE/MAI/EG3(96)14] sur le traitement des incitations à l'investissement dans les accords internationaux en vigueur pourraient être examinés lors d'une prochaine réunion.

## PRIVATISATION

### I. Introduction

64. 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 marché. L'AMI pourrait marquer dans ce domaine des avancées décisives et déboucher sur des dispositions qui soient à la pointe du progrès.

65. 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*

66. On entend généralement par "privatisation" la cession partielle ou totale du contrôle<sup>21</sup> de biens appartenant à une autorité pulic à un ou plusieurs investisseurs<sup>22</sup>. 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.

67. 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. Toutes les aliénations de biens appartenant à une autorité publique ne sont pas des privatisations (cas, par exemple, de la vente d'obligations publiques). Il faut également 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.

---

<sup>21</sup> Il faudra approfondir cette notion.

<sup>22</sup> Il reste à déterminer comment il faudrait prendre en compte la privatisation d'activités de services. Plusieurs délégations ont proposé d'ajouter "privés" après "un ou plusieurs investisseurs".

Certaines délégations ne sont pas convaincues que le transfert de biens immobiliers doive être considéré comme une privatisation.

68. 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. La notion de "concession" est actuellement débattue au sein du Groupe de rédaction n° 3 (section A.1 du document [DAFFE/MAI(96)16]).

69. 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 services qu'à une activité d'investissement. Cela pourrait avoir en outre des conséquences pour les disciplines de l'OMC, notamment celles de l'AGCS.

70. 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.

71. 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.

72. 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***

73. Un consensus tend à 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. Il faudra étudier comment traduire en un projet de texte cette amorce de consensus.

74. 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. 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.

75. Certaines délégations sont d'avis que les obligations de l'AMI en matière de privatisation doivent préserver la liberté nécessaire de l'État quant à la façon de conduire efficacement les opérations de privatisation et d'obtenir des recettes maximales, tout en protégeant la confidentialité indispensable de la procédure de privatisation.

76. Une délégation a réservé sa position en ce qui concerne cette 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 troisième 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.

77. 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.

78. 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.

79. 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. Ce qui importe, ce n'est donc pas tant la méthode de privatisation utilisée que la transparence et traitement non discriminatoire.

80. 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.

81. On n'a pas jugé que d'une façon générale ces inconvénients justifiaient l'exclusion de certains types d'opérations de privatisation<sup>23</sup>. 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.

82. 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 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 DAFFE/MAI/DG3(96)1/REV1).

83. 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

---

<sup>23</sup> Une délégation s'est prononcée en faveur de la fixation de seuils, qui permettraient d'exclure certains types de ventes directes.

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.

84. Certaines délégations ont 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). Une délégation a remarqué que des réserves générales sont actuellement à l'examen dans le cadre des discussions concernant le traité supplémentaire du TCE. D'autres délégations n'ont pas exclus des réserves de nature plus horizontale.

85. 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. Certaines délégations ont jugé qu'il était impératif que de telles opérations de privatisation soient couvertes par l'AMI. Il faudra examiner de plus près ces questions.

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

86. On a admis que pour certaines opérations de privatisation les autorités publiques pouvaient souhaiter conserver<sup>24</sup> 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.

87. 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. Certaines délégations ont souligné que ce qui importe pour l'AMI, ce n'est pas de savoir si l'on recourt largement ou non à ces mesures, mais de l'AMI doit prévoir la transparence et l'application non discriminatoire de ces dispositifs ainsi que des possibilités adéquates de règlements des différends.

---

<sup>24</sup> 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.

88. Certaines délégations 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. On a également noté qu'il fallait instaurer un équilibre des engagements dans ces domaines, entre les pays qui utilisent ces dispositifs et ceux qui ne les utilisent pas.

89. Plusieurs délégations ont 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. On a proposé plusieurs critères à cet effet. Les parties contractantes seraient alors tenues de motiver la mise en place d'un dispositif concernant l'actionnariat et un tel dispositif devrait avoir une durée limitée. Il faudrait étudier de plus près cette proposition.

90. Plusieurs délégations se sont opposées 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 délégations n'ont 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.

91. 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.

92. Le Groupe d'experts n'a pu définir une position précise en ce qui concerne les ventes préférentielles destinées à favoriser la participation des petits investisseurs, notamment les particuliers qui ne sont pas salariés de l'entreprise. La première réaction est de considérer ces ventes comme une source potentielle de discrimination à l'encontre des investisseurs étrangers non établis si seuls les résidents du pays en bénéficient. Il faut savoir à cet égard comme on définit l'investisseur résident. Il convient d'approfondir cette question.

### *iii) Rachat par les salariés et autres programmes de participation*

93. 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.

94. 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 était en faveur de mesures de rachat par les cadres et de participation des

salariés à concurrence d'un certain pourcentage lors de la vente initiale. Ces dispositifs 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.

95. 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.

96. 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.

97. 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'écarter 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 offriraient la meilleure protection contre d'éventuelles contestations dans le cadre des dispositions de l'AMI en matière de règlement des différends.

#### *iv) Petites privatisations*

98. 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.

99. 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.

100. 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 recouvrir 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**

101. 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.

102. 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 centralisé<sup>25</sup> 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 service dépendra également de l'information fournie aux investisseurs d'un pays à l'autre. Une délégation considère que les gouvernements doivent

103. 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 [les Etats-Unis] 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 être identiques pour les ventes publiques et pour les ventes directes.

104. 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'AMI<sup>26</sup>. 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.

105. Les ventes directes posent également des problèmes du point de vue de la transparence parce qu'il n'est pas toujours réalisable et économiquement viable d'en informer efficacement les investisseurs étrangers, notamment lorsqu'elles sont de petite dimension et concernant essentiellement des particuliers.

106. 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 rapportant<sup>27</sup>. 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.

## **V. Conclusion**

107. Un consensus tend à se dégager en faveur de l'application des dispositions fondamentales de l'AMI aux opérations de privatisation. Il faudrait sans doute rédiger des textes, notamment pour les

---

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> Cette question devrait être examinée dans le cadre du rôle du Groupe des parties.

<sup>27</sup> Article II.2 dans le document DAFPE/MAI(96)16.

questions de définition, le traitement national et régime NPF, les dispositifs spéciaux en matière d'actionnariat et les règles anti-abus<sup>28</sup> ainsi que la transparence.

---

<sup>28</sup> Compte tenu de la position exprimée aux paragraphes 89 à 91.

## MONOPOLES/ENTREPRISES D'ÉTAT

### I. Introduction

108. 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.

109. 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 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.

110. 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

111. 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.

112. 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'État<sup>29</sup>, à l'article VIII de l'AGCS<sup>30</sup> et à l'article 1505 de l'ALENA<sup>31</sup>. Il faut toutefois garder à l'esprit le contexte des

---

<sup>29</sup>. 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 (...).

<sup>30</sup>. 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".

<sup>31</sup> 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

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.

113. 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.

114. 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".

115. 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.

## **2. *Obligations envisageables pour les monopoles***

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

116. 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. Certaines délégations ont souligné que les pouvoirs délégués devraient couvrir à la fois ceux octroyés par les autorités nationales et ceux octroyés par les autorités infranationales.

117. Il reste à déterminer si l'AMI doit comporter une clause anti-contournement et, dans l'affirmative, s'il doit s'agir d'une clause générale ou d'une clause spécifique concernant les monopoles. Dans leur majorité, les délégations ont considéré que si cette dernière solution était retenue, on pourrait s'inspirer de l'article 1502.3 a) de l'ALENA :

---

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".

"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".

118. 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 demandé si l'expression "agir d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les obligations des Parties Contractantes" était suffisamment précise pour éviter des interprétations divergentes. 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.

119. 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 de vente et d'achat des monopoles*

##### *i) Ventas*

120. Certaines 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.

121. 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".

122. Plusieurs délégations ont indiqué qu'elles ne comprenaient 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 délégation a toutefois fait observer que même dans les pays de l'OCDE, les règles nationale en matière de concurrence ont jusqu'à présent exclu de leur

application certains secteurs monopolistiques, notamment les services d'utilité publique. Une 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.

123. 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. Certaines délégations considèrent toutefois que cette question reste ouverte.

#### ii) Achats

124. Plusieurs délégations ont reconnu que les pratiques d'achat des monopoles désignés par une autorité publique devaient être 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).

125. 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.

126. 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".

127. Quelques délégations ont réservé leur position à l'égard de cette proposition en estimant qu'il y avait risque qu'elle déborde dans le domaine de la politique de la concurrence.

128. 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.

*c) Abus de position dominante*

129. 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. Certaines délégations sont prêtes à envoyer une obligation de veiller à ce que les monopoles désignés par une autorité publique ne se livrent pas à des pratiques anticoncurrentielles (voir l'article 1502, alinéa 3d) de l'ALENA), une délégation est d'avis qu'il ne faut pas utiliser la phraséologie de l'"abus de position dominante" que figure dans la réglementation de la concurrence de certains pays.

130. 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.

131. 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 global satisfaisant des monopoles dans l'AMI.

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

132. 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".

133. 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.

134. 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.

135. Une délégation a souligné que la création d'un monopole devrait être soumise à l'obligation de non-discrimination de l'AMI. Le choix du bénéficiaire du monopole ne doit pas pouvoir se faire en dehors des règles de traitement national et de régime NPF en l'absence d'une réserve spécifique ou d'une exception.

136. 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.

137. 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.

138. 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 élargies<sup>32</sup>. Le débat n'a pas toutefois été concluant ; les délégations sont convenues de poursuivre les discussions.

### **III. Entreprises d'État**

139. 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. Certaines délégations considèrent que les ventes effectuées par les entreprises d'État pourraient être soumises à un engagement de traitement non discriminatoire (voir ci-joint l'article 1503.3 de l'ALENA et l'article 22, paragraphes 1 et 2 du traité sur la Charte de l'énergie).

140. La question dans ce cas<sup>33</sup> est de savoir comment faire en sorte que les parties contractantes ne puissent pas se soustraire à leurs 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.

141. 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 d'autres pouvoirs gouvernementaux. Cette délégation veut 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.

---

<sup>32</sup> Voir DAF/MAI(96)16, Section C.

<sup>33</sup> 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 DAF/MAI(96)16], on aboutit à ce que les entreprises d'État ont droit à tous les avantages conférés par l'AMI.

142. 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.

143. 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. Certaines délégations sont d'avis qu'il faudrait pour les ventes effectuées par les entreprises d'État un engagement de traitement non discriminatoire (voir ci-joint l'article 1563.3 de l'ALENA et l'article 2.2, paragraphes 1 et 2 du TCE).

#### **IV. Transparence**

144. Un certain nombre de délégations considèrent que l'AMI doit comporter pour les monopoles des règles particulières en matière de transparence en plus de celles déjà prévues dans l'article général de l'AMI relatif à la transparence [section II.2 du document DAFPE/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.

145. 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.

146. 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.

147. 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.

## *Annexe*

### **ALENA**

#### **Article 1502 : Monopoles et entreprises d'État**

1. Aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant une Partie de désigner un monopole.
2. Lorsque la désignation d'un monopole risque d'affecter les intérêts de personnes d'une autre Partie, la Partie qui a l'intention d'effectuer la désignation :
  - a) en donnera, chaque fois que cela sera possible, notification préalable écrite à l'autre Partie ;  
et
  - b) s'efforcera, au moment de la désignation, de subordonner l'exploitation du monopole à des conditions propres à réduire au minimum toute annulation ou réduction d'avantages au sens de l'annexe 2004 (Annulation et réduction d'avantages).
3. Chacune des Parties fera en sorte, par l'application d'un contrôle réglementaire, d'une surveillance administrative ou d'autres mesures, que tout monopole privé désigné par elle, ou tout monopole public maintenu ou désigné par elle:
  - a) 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 autres pouvoirs gouvernementaux que la Partie lui aura délégués relativement au produit ou au service faisant l'objet du monopole, par exemple le pouvoir de délivrer des licences d'importation ou d'exportation, d'approuver des opérations commerciales ou d'imposer des contingents, redevances ou autres frais ;
  - b) si ce n'est pour se conformer à des modalités de sa désignation qui ne soient pas incompatibles avec les alinéas c) ou d) uniquement en fonction de considérations commerciales au moment d'acheter ou de vendre le produit ou le service faisant l'objet du monopole sur le marché pertinent, notamment en ce qui concerne le prix, la qualité, les stocks, les possibilités de commercialisation, le transport et les autres modalités et conditions d'achat ou de vente ;
  - c) accorde un traitement non discriminatoire aux investissements des investisseurs, aux produits et aux fournisseurs de services d'une autre Partie, au moment d'acheter ou de vendre le produit ou le service faisant l'objet du monopole sur le marché pertinent ; et
  - d) n'utilise pas sa situation de monopole pour se livrer, sur un marché non monopolisé du territoire de la Partie, directement ou indirectement, et notamment à la faveur de ses rapports avec sa société mère, une filiale ou autre entreprise à participations croisées, à des pratique anticoncurrentielles pouvant nuire à un investissement d'un investisseur d'une autre Partie, notamment par la fourniture discriminatoire du produit ou du service faisant l'objet du monopole, par l'interfinancement ou par un comportement abusif.

4. Le paragraphe 3 ne s'applique pas aux achats de produits ou de services effectués par des organismes gouvernementaux à des fins gouvernementales plutôt qu'à des fins de revente ou d'utilisation dans la production de produits ou dans la fourniture de services destinés à la vente.

5. Aux fins de l'article, "maintenir" s'applique à toute entité désignée avant l'entrée en vigueur du présent accord et existante au 1er janvier 1994.

### **Article 1503 : Entreprise d'État**

1. Aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant une Partie de maintenir ou d'établir une entreprise d'État.

2. Chacune des Parties fera en sorte, par l'application d'un contrôle réglementaire, d'une surveillance administrative ou d'autres mesures, que toute entreprise d'État qu'elle maintient ou établit, agisse d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les obligations de la Partie aux termes des chapitres 11 (Investissement) et 14 (Services financiers dans l'exercice de pouvoirs réglementaires, administratifs ou autres pouvoirs gouvernementaux délégués par la Partie, et notamment le pouvoir d'exproprier, d'accorder des licences, d'approuver des opérations commerciales ou d'imposer des contingents, redevances ou autres frais.

3. Chacune des Parties fera en sorte qu'une entreprise d'État qu'elle maintient ou établit accorde, dans la vente de ses produits ou services, un traitement non discriminatoire aux investissements effectués sur son territoire par des investisseurs d'une autre Partie.

## **Traité de la Charte de l'énergie**

### **ENTITÉS CONTROLÉES PAR L'ÉTAT ET ENTITÉS PRIVILIGIÉES**

(1) Chaque partie contractante s'engage à veiller à ce que toute entité contrôlée par l'État qu'elle établit ou maintient, mène ses activités en rapport avec la vente ou la fourniture de biens et de services sur son sol conformément aux obligations qui incombent à la partie contractante en vertu de la Partie III du présent Traité.

(2) Aucune partie contractante n'encourage une telle entité contrôlée par l'État à conduire ses activités sur son sol de manière non conforme aux obligations qui incombent à la partie contractante au titre du présent Traité ni ne lui impose de satisfaire à une telle exigence.

## PRATIQUES DES SOCIÉTÉS

### I. Introduction

148. Les restrictions de source publique ne sont pas les seules entraves à l'investissement étranger. Certaines mesures que prennent les entreprises, ce qu'on appelle "les pratiques des sociétés", peuvent également nuire à l'investissement étranger. Ces pratiques résultent de dispositions expresses et obligatoires, figurant notamment dans les statuts des sociétés, ou des activités au jour le jour de l'entreprise<sup>34</sup>. Elles peuvent avoir un effet discriminatoire à l'encontre des investisseurs étrangers ou s'appliquer à certaines catégories d'investisseurs, y compris nationaux.

149. Dans leur majorité, les délégations ont considéré que l'AMI avait fondamentalement pour vocation de soumettre à certaines disciplines les actes discriminatoires des autorités publiques. Il y a donc lieu d'assujettir aux obligations de l'AMI les pratiques discriminatoires des sociétés imposées par les réglementations, pratiques administratives et politiques<sup>35</sup> nationales ou par tout autre acte d'une autorité publique<sup>36</sup>. Pour certaines délégations, les pratiques des sociétés autorisées expressément ou tacitement par les autorités publiques doivent également être soumises à l'AMI.

150. Le Groupe a souligné qu'il n'a disposé que de peu de temps pour examiner cette question des pratiques des sociétés et que, par conséquent, les points de vue exprimés dans ce rapport ne sauraient être que préliminaires.

### II. Traitement national et régime de la nation la plus favorisée

151. Le Groupe d'experts a considéré que le traitement national et le régime de la nation la plus favorisée (NPF) devaient s'appliquer aux réglementations et mesures publiques obligeant expressément les sociétés constituées selon le droit local (ou devant être constituées selon le droit local) à imposer ou appliquer des restrictions à l'égard des investisseurs étrangers, que ce soit dans leurs statuts ou dans leurs activités au jour le jour. Par exemple, les restrictions imposées par une autorité publique pour la participation des investisseurs étrangers au capital d'une entreprise établie pour la revente de ses actions à des investisseurs étrangers sont assimilables à des restrictions directes de source publique.

152. Les deux types de pratiques de sociétés imposées par les réglementations ou d'autres mesures publiques pourraient faire l'objet de réserves spécifiques des pays conformément à la procédure qui a été proposée au Groupe de négociation [DAFFE/MAI/96(16), section C]. Une délégation a noté que l'article

---

<sup>34</sup> On a fait référence à la liste des pratiques des sociétés annexée au document [DAFFE/MAI(96)10].

<sup>35</sup> Les pratiques administratives et politiques nationales sont actuellement en cours d'étude par le Groupe de rédaction n°3.

<sup>36</sup> Une délégation a réservé sa position à l'égard de la notion d'acte d'une autorité publique.

1107 de l'ALENA, reproduit à l'annexe 2, pourrait constituer un bon exemple pour déterminer ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas pour les limitations et les réserves spécifiques par pays concernant les organes de gestion.

153. La plupart des délégations ont estimé que ces obligations ne devaient pas s'étendre aux pratiques des sociétés qui ne sont pas contraires aux lois, règlement et politiques des parties contractantes, même si ces pratiques peuvent se traduire par des restrictions discriminatoires en matière de participation au capital, au conseil d'administration ou aux organes de gestion d'une société. Interdire ces pratiques reviendrait à intervenir dans le droit de contracter librement qui appartient à l'entreprise. Il serait difficile, concrètement, de créer des obligations dans ce domaine, car les gouvernements ne rassemblent pas en temps normal des informations détaillées sur ces pratiques. De plus, les pratiques en cause sont variables d'une entreprise à l'autre. Aucune conclusion ne s'est clairement dégagée sur le point de savoir si l'AMI pouvait ou devait couvrir les pratiques discriminatoires des sociétés qui sont expressément autorisées, mais pas imposées, par les lois, règlements et politiques des parties contractantes.

154. Pour quelques délégations, l'AMI ne devrait pas totalement écarter la possibilité de soumettre à certaines disciplines les pratiques discriminatoires des sociétés qui figurent dans les statuts de celles-ci. Une interdiction directe au niveau de la société serait le moyen le plus efficace de régler le problème, mais ce serait aussi le moyen le plus difficile à mettre en oeuvre. Il faut réfléchir aux avantages et aux inconvénients d'une clause de "meilleurs efforts" qui encouragerait les parties contractantes à prendre des mesures législatives et réglementaires en faveur de la suppression des éléments discriminatoires qui figurent dans les statuts des sociétés ou à éviter d'encourager l'entreprise à adopter des dispositions discriminatoires (ou à inviter les entreprises à ne pas adopter de telles dispositions).

155. Certaines délégations ont estimé qu'il faudrait établir une liste de pratiques des sociétés soumises aux obligations de traitement national et régime NPF. Il en résulterait une interdiction de ces pratiques. Cette liste devrait contenir les pratiques recensées dans des travaux antérieurs de l'OCDE, qui figurent dans la liste de l'annexe du document DAF/MAI(96)10. Une délégation a fait savoir qu'elle ne pouvait pas envisager une disposition qui encouragerait les parties contractantes à prendre des mesures législatives ou réglementaires dans ce domaine.

156. Certaines délégations ont également considéré que l'AMI ne pouvait pas aller en-deçà des dispositions mises au point dans d'autres accords, notamment l'article IX de l'AGCS. Une disposition de l'AMI s'inspirant de cet article pourrait reconnaître que certaines pratiques des sociétés peuvent être préjudiciables aux investisseurs étrangers et à leurs investissements. Elle pourrait également prévoir des procédures de consultation visant à régler les problèmes qui peuvent résulter de l'existence de pratiques des sociétés dans une partie contractante.

### **III. Transparence**

157. Dans leur majorité, les délégations ont considéré que, compte tenu de la clarification du champ d'application des obligations de traitement national et de régime NPF exposée aux paragraphes 3 et 4 ci-dessus, le projet d'article sur la transparence qui figure à la section II.2 du document DAF/MAI(96)16 couvrirait correctement les lois et règlements obligeant les sociétés à imposer des restrictions aux investisseurs étrangers et à leurs investissements incompatibles avec ces dispositions<sup>37</sup>. Par conséquent, il n'y aurait pas besoin dans l'AMI de règles particulières de transparence pour les pratiques des sociétés.

---

37. Les parties contractantes seraient tenues de publier ou mettre à la disposition du public d'une autre manière, dans les moindres délais, leurs lois, réglementations, procédures et politiques... pouvant affecter le fonctionnement de

158. Quelques délégations sont néanmoins d'avis que ces obligations ne couvriraient pas toutes les pratiques des sociétés qu'il faut prendre en compte et que des voies complémentaires doivent être explorées pour améliorer la transparence des mesures discriminatoires qui figurent dans les statuts des sociétés. En adoptant l'approche de l'article IX de l'AGCS, on encouragerait les parties contractantes à fournir aux parties contractantes préoccupées par certaines pratiques des sociétés les informations non confidentielles à la disposition du public, qui se rapportent à ces pratiques. Ces informations pourraient être également fournies dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'AMI et, plus particulièrement dans le cadre de la procédure de consultation envisagée par le Groupe d'experts n°1 [DAFFE/MAI/EG3(96)5]. Une autre possibilité consisterait à rassembler dans un registre centralisé les statuts et règlements des sociétés. Puisque les statuts des sociétés sont généralement accessibles au public, ils pourraient être portés à la connaissance des parties contractantes et de leurs investisseurs. Mais les règlements des sociétés ne sont généralement pas des documents publics. Une délégation a fait savoir qu'il faudrait une certaine symétrie entre les lois et pratiques des parties contractantes et une clarification de ces lois et pratiques avant d'envisager des obligations de transparence pour les restrictions résultant des règlements des sociétés. Une autre délégation ne juge pas nécessaires des règles particulières de transparence ou des procédures particulières de consultation pour les pratiques des sociétés.

159. Le Groupe d'experts a conclu qu'il fallait examiner de plus près la façon dont les techniques mises au point dans le cadre des instruments actuels de l'OCDE pour introduire plus de transparence dans les pratiques des sociétés devaient être envisagées pour l'AMI. Un très large intérêt s'est manifesté en faveur de la prise en compte des pratiques des sociétés dans les examens mutuels par pays que conduirait le Groupe des parties de l'AMI.

---

l'Accord. Elles seraient également tenues de répondre rapidement à des questions précises et de fournir, sur demande, des informations aux autres parties contractantes sur les questions soulevées par les pratiques des sociétés.

*Annexe I*

**Article IX de l'AGCS**

**Pratiques commerciales**

1. Les Membres reconnaissent que certaines pratiques commerciales des fournisseurs de services, autres que celles qui relèvent de l'article VIII<sup>38</sup>, peuvent limiter la concurrence et par là restreindre le commerce des services.

2. Chaque Membre se prêtera, à la demande de tout autre Membre, à des consultations en vue d'éliminer les pratiques visées au paragraphe 1. Le Membre auquel la demande sera adressée l'examinera de manière approfondie et avec compréhension et coopérera en fournissant les renseignements non confidentiels à la disposition du public qui présentent un intérêt en l'espèce. Il fournira également au Membre qui a présenté la demande d'autres renseignements disponibles, sous réserve de sa législation intérieure et de la conclusion d'un accord satisfaisant concernant le respect du caractère confidentiel de ces renseignements par le Membre qui a présenté la demande.

---

<sup>38</sup> Cette article concerne les monopoles et les fournisseurs exclusifs des services.

*Annexe II*

**ALENA**

**Article 1107 : Dirigeants et conseils d'administration**

1. Aucune des Parties ne pourra obliger une entreprise qui est située sur son territoire et qui est un investissement effectué par un investisseur d'une autre Partie à nommer comme dirigeants des personnes d'une nationalité donnée.

2. Une Partie pourra exiger que la majorité des membres du conseil d'administration ou d'un comité du conseil d'administration d'une entreprise qui est située sur son territoire et qui est un investissement effectué par un investisseur d'une autre Partie soient d'une nationalité donnée, ou résident sur le territoire de la Partie, à condition que cette exigence ne compromette pas de façon importante l'aptitude de l'investisseur à contrôler son investissement.