



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

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

OBLIGATIONS DES RESULTATS

(Note du Président)

LES OBLIGATIONS DE RESULTAT

(Note du Président)

I. Remarques générales

1. 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 suscitent des inquiétudes car elles interfèrent dans les décisions commerciales et engendrent sur le marché des distorsions préjudiciables à l'utilisation **efficente des fonds** engagés dans l'investissement.

2. 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 celui sur les mesures relatives à l'investissement affectant les échanges, la Charte européenne de l'énergie et l'ALENA. Il importera toutefois d'éviter la création d'obligations conflictuelles et le chalandage en matière de règlement des différends concernant l'investissement (ces questions sont examinées par le Groupe d'experts n°1).

3. 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.**

4. 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 conviendrait également de 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.

II. Obligations de résultats non liés à l'octroi d'un avantage

5. Le projet de texte figurant en annexe du présent rapport a été considéré comme une base de travail satisfaisante pour définir une interdiction des OR dans l'AMI. Les OR concernées devraient être celles imposées ou applicables aux termes des lois, réglementations, procédures, décisions administratives

et judiciaires d'application générale ou des politiques établies au plan national¹. Il s'agira des OR concernant les investisseurs et les investissements tels que définis par l'AMI². **Une délégation a jugé qu'il suffirait que l'AMI porte uniquement sur des OR imposées ou applicables aux termes des lois nationales.**

6. 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.

7. 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 mesures relatives à l'investissement affectant les échanges de l'OMC (à savoir les rubriques *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, elles devraient également couvrir les obligations de résultats à l'exportation et être applicables à la fois aux biens et aux services.

8. 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 OR négatives telles que les restrictions à l'exportation ou les interdictions d'exportations. **Une discussion plus approfondie sera nécessaire.**

9. 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, rubrique 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 : obligation de licence) sous certaines conditions. **D'autres délégations n'ont pas partagé ce point de vue. Des travaux analytiques supplémentaires seront ici nécessaires.** La formulation de l'interdiction des accords d'exclusivité de distribution (paragraphe 1, rubrique g du projet d'article) pourrait également devoir être modifiée afin d'éviter une confusion avec les obligations de l'AMI concernant les monopoles, question actuellement examinée séparément par le Groupe d'experts. **Une délégation a jugé que, tel qu'elle se présente actuellement, la rubrique g) pourrait relever de la question des monopoles. Elle a également suggéré une autre formulation pour tenir compte des commentaires des autres délégations; cette proposition figure entre crochets au paragraphe 1 de l'annexe au présent document.**

10. Un certain nombre de délégations ont cependant jugé que, même avec ces apports, l'article sur les OR mettrait encore trop l'accent sur leurs effets perturbateurs sur le commerce et qu'il conviendrait de

1. Cette formulation suit étroitement celle du projet d'article de l'AMI sur la transparence qui laisse penser que les obligations qu'il prévoit 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 DAFPE/MAI(96)16, page 5, Rapports consolidés des Groupes de rédaction n°1 et n°2.

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

s'efforcer réellement d'élargir la portée de cette disposition aux OR plus directement liées aux marchés des capitaux et de l'emploi. L'une des possibilités consisterait à interdire au paragraphe 1, e) du projet d'article, toutes les OR concernant les ventes locales, et non 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 devraient être, en principe**, couvertes par les articles sur le traitement national et le régime de la NPF.

11. 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.

12. 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 sur 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 impératifs de spécifications techniques imposés par la législation ou la réglementation nationales en matière de santé, de sécurité et d'environnement, qui pourraient concerner les transferts de technologies. Une délégation ne s'est pas prononcé sur ce point.

13. Le Groupe d'experts a convenu que l'obligation d'interdiction des OR de l'AMI devrait être applicable à tous les investisseurs d'une partie contractante et à leurs investissements, mais il est resté divisé quant au fait de savoir si elle devrait l'être également aux investisseurs de parties non contractantes et à leurs investissements sur le territoire d'une partie contractante (c'est-à-dire sur une base non discriminatoire). **(La même question se pose en ce qui concerne les OR associés avec l'octroi d'un avantage.)** De nombreuses délégations se sont rangées à l'opinion selon laquelle un tel élargissement pourrait entraîner de graves problèmes, dans la mesure où les parties non contractantes resteraient libres d'imposer des OR aux investisseurs de pays signataires de l'AMI et à leurs investissements ; or il s'agit des pays qui ont le plus recours aux OR. **D'autres délégations ont défendu l'obligation d'interdiction pour les parties contractantes et non-contractantes**.

14. Les délégations des pays de l'ALENA ont précisé que l'option non discriminatoire avait été choisie dans le cadre de cet accord pour veiller à ce que les investisseurs des pays partie prenante ne se trouvent pas désavantagés vis-à-vis des investisseurs des pays non signataires de l'ALENA, du fait de leur impossibilité de prendre des engagements spéciaux pour s'assurer d'une autorisation ou d'avantages gouvernementaux. **Si les interdictions d'OR étaient élargies aux parties non signataires de l'AMI, leur effet potentiel sur les investisseurs de parties contractantes pourrait également être évité**. Si tous les investissements n'étaient pas traités de façon similaire, un conflit pourrait survenir avec l'obligation relative au régime de la NPF (qui stipule qu'un investisseur de l'ALENA doit toujours être traité de façon non moins favorable qu'un investisseur d'un pays n'appartenant pas à l'ALENA). Ces délégations ont avancé que l'approche non discriminatoire serait plus conforme à l'objectif de réduction

des distorsions économiques et de création de conditions les meilleures possibles pour les investissements par les investisseurs des pays signataires et non signataires de l'AMI.

III. Obligations de résultats liés à l'octroi d'un avantage

15. **Si une large majorité des 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, il a toutefois reconnu 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.**

16. 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.

17. Un certain nombre de délégations ont souligné cependant que l'Accord sur les subventions de l'OMC ne couvrait que l'aspect fiscal 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 mesures relatives à l'investissement affectant les échanges, à savoir les OR figurant aux rubriques 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.

18. 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 au-delà** sur les mesures relatives à l'investissement 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.

19. 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.

20. Aucune autre OR susceptible de faire l'objet d'une obligation d'interdiction n'a été distinguée, mais les délégations ont été invitées à réfléchir sur la façon dont la liste³ figurant à l'article 1106.4 de l'ALENA pourrait être réduite. Il a également été décidé de revenir sur les exceptions énumérées à l'article 1108.8 de cet accord dans le cadre du travail normal 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 l'octroi d'une licence d'exploitation.

IV. Application

21. Le Groupe d'experts a jugé prématuré d'étudier si une obligation d'interdiction au titre de l'AMI devrait 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 mesures relatives à l'investissement affectant les échanges) ou si les parties contractantes seraient en droit de formuler des réserves pour les mesures non conformes, en accord avec les propositions formulées à cet égard⁴. **Le lien avec les OR exclues a aussi été mentionné.** 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 la mise en oeuvre des obligations de l'AMI concernant les OR à un stade ultérieur.

3. Cette liste inclut les obligations de résultats concernant le lien d'implantation de la production, la prestation d'un service, la formation ou l'emploi de salariés, la construction ou l'expansion d'installations particulières, ou encore l'exercice d'activités de recherche et développement.

4. Voir Statu quo, démantèlement et établissement des réserves spécifiques par pays à la section C du document DAF/MAI(96)16.

Annexe

Projet d'article sur les obligations des résultats

Paragraphe 1¹

Une partie contractante ne peut imposer, appliquer ou [maintenir]², l'une quelconque des obligations suivantes³, ou faire appliquer des engagements concernant l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, l'exploitation, l'entretien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou autre aliénation d'investissements⁴ d'un investisseur d'une partie contractante [ou d'une partie non contractante] sur son territoire⁵

- (a) exporter un volume ou un pourcentage donné de biens ou services;
- (b) atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national;
- (c) acheter, utiliser ou accorder la préférence à des biens, produits ou 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 au montant des apports en devises résultant de cet investissement;
- (e) limiter sur son territoire les ventes de biens ou services résultant de ce type d'investissement [en liant d'une quelconque manière ces ventes au volume ou à la valeur des exportations ou des recettes en devises résultant de cet investissement]⁶;
- (f) [transférer une technologie, un procédé de production ou d'autres connaissances exclusives à une personne sur son territoire]⁷;
- (g) [agir en tant que fournisseur exclusif des biens qu'il produit ou des services qu'il assure pour une région spécifique ou le marché mondial] [implanter son siège pour une région spécifique ou le marché mondial dans une partie contractante concernant un ou plusieurs biens ou

-
1. Il reste encore à décider si les paragraphes 1 et 2 pourraient être fondus en un seul.
 2. La proposition d'introduire ce terme émane d'une délégation.
 3. Une 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 exclure les obligations contractuelles entre l'investisseur et l'Etat.
 4. Cette liste des activités concernant l'investissement reproduit celle proposée pour les obligations relatives au traitement national et au régime de la nation la plus favorisée [voir DAF/MAI(06)16, A.II.1].
 5. 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].
 6. Une délégation est en faveur de la suppression des crochets.
 7. Aux termes de l'ALENA, cette obligation n'est pas applicable lorsque l'obligation ou le respect de l'engagement est imposé par un tribunal, une juridiction administrative ou un organisme chargé de la concurrence en réparation d'une infraction présumée aux droits de la concurrence ou pour l'accomplissement d'un acte conforme aux autres dispositions de l'accord.

services produits ou assurés par l'investisseur pour cette région spécifique ou le marché mondial⁸].

- (h) [atteindre, en valeur ou en volume, un niveau donné de production, d'investissement, de fabrication, d'emploi, de recherche et développement sur son territoire];
- (i) [recruter un effectif ou un type donné de personnel local]; ou
- (j) (autres aspects à déterminer)⁹].

Paragraphe 2

Une partie contractante ne peut conditionner le bénéfice ou le maintien du bénéfice d'un avantage lié à un investissement [sur son territoire]¹⁰ d'un investisseur d'une partie contractante ou d'une partie non contractante, au respect d'une quelconque des obligations suivantes:

- (a) [exporter un volume ou un pourcentage donné de biens ou de services];
- (b) atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu local;
- (c) acquérir, utiliser des biens [et services]¹¹ produits sur son territoire ou leur accorder la préférence;
- (d) lier d'une quelconque manière le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou au montant des recettes en devises résultant de cet investissement; ou
- (e) limiter les ventes sur son territoire des marchandises ou services produits ou assurés grâce à cet investissement en liant d'une quelconque manière ces ventes au volume ou à la valeur des exportations ou des recettes en devises résultant dudit investissement.

8. Autre formulation proposée par une délégation.

9. Il n'a pas été décidé si les obligations relatives à la participation locale au capital et aux coentreprises devraient être énumérées à des fins de transparence, compte tenu du fait qu'elles devraient être interdites au titre des dispositions relatives au traitement national et au régime de la NPF.

10. Voir note 5.

11. Il reste encore à déterminer de quelle façon cette disposition exclura les services sous-traités.