



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

PRIVATISATION

(Note du Président)

PRIVATISATION

(Note du Président)

1. On peut définir la privatisation comme le transfert total ou partiel, à une entité privée, d'une entreprise d'Etat ou de la participation ou du contrôle de l'Etat dans une entreprise. La privatisation peut porter sur des entreprises à capitaux publics qui a) opèrent dans le *secteur concurrentiel* ou b) opèrent selon un régime de *monopole* institué par l'Etat.
2. Les investisseurs étrangers jouent aujourd'hui un rôle majeur dans les programmes de privatisation à travers le monde, parce qu'ils peuvent apporter des capitaux et fournir un savoir-faire et une expertise qui n'existent pas sur place. Mais l'accès des investisseurs étrangers aux programmes de privatisation comporte certaines restrictions, qui sont parfois discriminatoires.
3. Les cas les plus fréquents de *discrimination* sont les plafonds de participation étrangère dans les entreprises privatisées et la limitation des droits de vote et/ou des sièges au conseil d'administration ou aux organes de direction. Ces restrictions peuvent être imposées au stade de la vente *initiale* des actions de l'entreprise publique ou au stade de la vente *ultérieure* par les nouveaux propriétaires de l'entreprise privatisée. Elles peuvent résulter de l'application de restrictions aux prises de participation étrangères déjà en vigueur dans le secteur où intervient la privatisation. En outre, la participation aux programmes de privatisation peut être soumise à des conditions de réciprocité ou à un régime de traitement national conditionnel.
4. Le niveau de participation des investisseurs étrangers peut également être fonction du degré d'intervention que les pouvoirs publics souhaitent conserver, directement ou indirectement, dans l'entreprise privatisée. Les pouvoirs publics peuvent, par exemple, décider de conserver une forte participation dans l'entreprise privatisée pour être à même d'exercer une influence décisive sur ses activités futures. Ils peuvent conserver un droit de veto sans participation au capital ("action spécifique"). Ils peuvent également attribuer le contrôle à un "noyau dur d'actionnaires" en contrepartie d'engagements précis pour les activités de l'entreprise privatisée.
5. Certains programmes de privatisation peuvent favoriser la participation des salariés et des dirigeants de l'entreprise privatisable et la participation des petites actionnaires privés. Des *obligations de nationalité ou de résidence* peuvent être imposées pour la nomination des administrateurs et des cadres dirigeants de l'entreprise privatisée.
6. Le plus souvent, ces dispositifs obéissent à des considérations de politique générale qui ne relèvent pas de la politique à l'égard des investissements étrangers (service public, protection contre des rachats indésirables...). Mais ils peuvent également être parfois discriminatoires.
7. Enfin, les possibilités de participation étrangère peuvent être également fonction *des méthodes de privatisation*. La privatisation peut prendre la forme d'une *vente directe à un ou plusieurs investisseurs*. Elle peut être réalisée par *vente publique* sur le marché financier national et/ou étranger. Elle peut s'effectuer par tranches ou en une seule opération. Elle peut concerner *divers types* d'investisseurs (particuliers, entreprises, investisseurs institutionnels, autres entreprises publiques). Elle peut faire intervenir plusieurs intermédiaires (conseillers financiers, prise ferme, notamment par des banques et des maisons de titres, comptables, avocats ...). Toute décision prise dans ces domaines est susceptible d'influer sur le niveau de participation des investisseurs étrangers.

Disciplines actuelles

8. Ni l'ALENA (avant et après l'établissement)¹, ni le TCE (après établissement, pour le même secteur ou la même activité économique) ne contiennent des dispositions particulières relatives à la privatisation. Autrement dit, les obligations générales édictées par ces accords, notamment le traitement national et la non-discrimination, s'appliquent pour la participation des investisseurs étrangers aux programmes de privatisation. Ces mêmes obligations de base sont envisagées dans le contexte de la négociation actuelle du Traité supplémentaire de la Charte de l'énergie pour la phase antérieure à l'établissement, avec certaines exceptions : les régimes préférentiels de vente en faveur des dirigeants, salariés et résidents locaux et les dispositifs qui visent à empêcher des rachats inamicaux.

9. Le Code des mouvements de capitaux ne comporte aucune discipline pour la privatisation. Le procès-verbal du Conseil lors de l'adoption du Code, en 1961, précise que le Code ne s'applique pas "aux opérations faites par un gouvernement pour son propre compte". Si, toutefois, une restriction est imposée pour la revente, à des non-résidents, de participations dans une société privatisée, le pays concerné à l'obligation -- et le droit -- de formuler une réserve.

10. Le régime prévu dans l'Instrument relatif au traitement national, est un peu plus large, tout en n'ayant pas un caractère obligatoire : toute restriction interdisant ou limitant la participation d'une entreprise établie sous contrôle étranger à une opération de privatisation, par rapport à une entreprise nationale, constitue une exception au traitement national.

L'AMI

11. La décision de privatisation ou de non-privatisation relève des prérogatives de chaque Etat. Les gouvernements doivent jouir de la même liberté que celle dont bénéficient les entreprises privées pour décider quand et comment céder leurs investissements.

12. Les programmes de privatisation continueront à l'avenir de susciter un intérêt particulier de la part des investisseurs étrangers. Ceux-ci souhaitent qu'on leur offre les mêmes possibilités d'investissement que les investisseurs nationaux, qu'ils soient ou non établis dans le pays d'accueil. Les obligations de traitement national et de régime NPF/non-discrimination de l'AMI pourraient s'appliquer à toutes les phases de la privatisation, y compris la vente initiale. Mais l'AMI n'a pas nécessairement à se préoccuper des modalités de la privatisation, dès lors que ces modalités n'ont pas un caractère discriminatoire à l'encontre des investisseurs étrangers et de leurs investissements.

13. L'application du traitement national et des principes du régime NPF/de non-discrimination pourrait néanmoins faire l'objet d'exemptions de nature limitée, par exemple pour les petites privatisations. On notera également que dans un grand nombre de pays les salariés bénéficient de droits spéciaux pour la participation au capital des entreprises privatisées.

¹ Ces obligations peuvent faire l'objet de réserves particulières des pays. Un pays a formulé une large réserve concernant la vente ou l'aliénation du capital et/ou des actifs d'entreprises d'Etat ou d'entités gouvernementales.

Questions

- a) *Faut-il que l'AMI contienne des dispositions spécifiques sur les droits des investisseurs étrangers lors des opérations de privatisation ?*
- b) *A défaut de telles dispositions, est-il clair que les obligations de traitement national et de régime NPF/non-discrimination ainsi que les mécanismes connexes de statu quo et de démantèlement s'appliqueront aux opérations de privatisation ? Aux ventes initiales aussi bien qu'aux ventes ultérieures d'entreprises ou d'actifs privatisés ? Aux entreprises étrangères non établies aussi bien qu'aux entreprises établies à capitaux étrangers ou sous contrôle étranger ?*
- c) *Faut-il prévoir certaines exceptions ? Dans l'affirmative, lesquelles ?*
- d) *Est-il clair que les régimes spéciaux d'actionariat comme les "actions spécifiques" ou les "groupes d'actionnaires stables" ne seraient pas contraires aux obligations de l'AMI dès lors qu'ils ne sont pas discriminatoires à l'encontre des investisseurs étrangers et de leurs investissements ?*