



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

LIBÉRALISATION ET FORMULATION DES RÉSERVES SPÉCIFIQUES DES PAYS

(Note du Président)

LIBÉRALISATION ET FORMULATION PAR LES PAYS DE RÉSERVES SPÉCIFIQUES

(Note du Président)

I. Introduction

1. Cette note vise à faciliter le processus de formulation par les pays de réserves spécifiques. Elle présente à cet égard une série de principes directeurs de caractère général, qui devront être appliqués avec souplesse.
2. On commencera par certaines observations générales sur le rôle des réserves spécifiques des pays et sur les objectifs poursuivis dans l'optique de l'AMI. Une série de questions génériques méritant réflexion sont ensuite examinées. Enfin, des propositions sont faites sur la façon dont pourraient se dérouler les étapes ultérieures de nos travaux.

II. Observations générales

3. Nous sommes convenus que les réserves spécifiques des pays constitueront un élément essentiel de l'AMI. Les discussions sur les réserves se poursuivront donc désormais parallèlement à nos travaux sur le texte de l'AMI lui-même.
4. Nous sommes convenus de rechercher des normes élevées, tant pour ce qui est du texte de l'AMI que de la portée des réserves spécifiques des pays, qui doit être aussi limitée que possible. Pour autant que faire se peut, nous devrions éviter de transiger sur l'un ou l'autre de ces objectifs. Toutefois, il peut y avoir des cas où le meilleur résultat sera obtenu en trouvant un compromis entre ces deux objectifs.
5. Dans cette optique, nous devrions convenir des principes directeurs ci-après :
 - Il ne devrait pas y avoir de réserves sur des questions systémiques, comme la définition de l'investissement ou les éléments principaux du régime de règlement des différends ;
 - Les réserves devraient donc concerner essentiellement les obligations de fond de l'AMI, notamment le traitement national et le régime NPF et, le cas échéant, les nouvelles disciplines ;
 - Même pour le traitement national et la clause NPF, des réserves horizontales ou des exclusions généralisées ne seraient pas souhaitables.

6. Un objectif minimum doit être le maintien du “statu quo”. Un plus ample examen sera nécessaire, toutefois, pour déterminer si le statu quo doit s’appliquer de manière uniforme à tous les secteurs et comment ce concept doit être traité dans le texte de l’AMI. (Ces questions sont examinées dans un commentaire au texte consolidé reproduit dans une annexe à la présente note.) Certaines délégations ont suggéré que des exceptions au statu quo pourraient être “compensées” par des concessions sur d’autres aspects des négociations.

7. Les réserves proposées jusqu’ici doivent de toute évidence être davantage élaborées. Les différents pays peuvent avoir à ajouter des réserves à la liste actuelle ou à en enlever à mesure que les travaux sur le texte de l’AMI évoluent et comme suite à un examen plus attentif de leurs législations, réglementations et pratiques nationales.

8. Les délégations ont remarqué que certaines des listes préliminaires de réserves partent de l’hypothèse d’une clause relative aux organisations d’intégration économique régionale et d’autres ne contiennent des réserves qu’au niveau de l’administration centrale.

9. On ne peut pas établir de règles fixes pour la formulation des réserves. En fin de compte, chaque partie contractante devra assumer la totale responsabilité de ses engagements au titre de l’AMI et par conséquent aussi des réserves spécifiques à formuler et c’est aux autres parties contractantes qu’il appartiendra de décider si elles sont prêtes à accepter les réserves en question. Toutefois, il y a quand même intérêt à rechercher une convergence de vues minimum sur la façon dont les règles de l’AMI devraient être appliquées. Ce n’est qu’ainsi que l’on pourra assurer un minimum de cohérence dans les réserves formulées par les différentes parties.

III. Questions génériques

10. Il serait souhaitable d’examiner les questions ci-après au sein du Groupe de négociation afin de déterminer leur traitement dans l’optique des réserves :

a) “*Obligation d’information*”, par exemple à des fins statistiques. Aucune réserve ne serait nécessaire si cette obligation n’assujettit pas l’investissement à une autorisation ou n’entraîne pas des retards dans ledit investissement.

b) Les mesures discriminatoires “de facto” sont celles qui sont formellement non discriminatoires mais qui ont pour objectif ou pour effet d’élever des barrières spéciales pour les investisseurs étrangers ou leurs investissements. Ces mesures appelleraient des réserves.

c) “*Mesures prudentielles*” : Les mesures couvertes par la clause d’exclusion n’ont pas besoin d’être couvertes par des réserves. Elles sont toutefois couvertes par les dispositions concernant la transparence. Les autres mesures discriminatoires appelleraient des réserves même si le pays concerné considère qu’elles sont justifiées pour des raisons prudentielles.

d) *Réglementations “inactives”* : lorsque des pays ont des dispositions permettant aux autorités d’agir de façon discrétionnaire et d’établir une discrimination à l’encontre de l’investissement étranger, ils devront formuler des réserves sauf s’ils sont prêts à s’engager à ne jamais activer ces dispositions de façon discriminatoire.

e) *Services* : on espère que les pays conviendront de manière générale d’aller au-delà de leurs engagements au titre de l’AGCS, mais s’ils ne sont pas prêts à le faire dans certains secteurs particuliers, ils devront formuler des réserves à l’AMI.

f) *Les programmes spéciaux pour les régions géographiques* n'exigeraient pas de réserves sauf si ces programmes supposent une discrimination à l'encontre des investisseurs étrangers ou de leurs investissements. (L'application de la norme de traitement national aux niveaux infranationaux est une question qui doit être abordée à part).

g) *Les programmes spéciaux à l'intention de groupes spécifiques* (par exemple aborigènes) devraient être couverts par des réserves.

h) *Obligation de résidence* : une obligation de résidence préalable devrait être considérée de la même manière que l'obligation de nationalité et par conséquent contraire au traitement national.

i) *Services professionnels* : lorsque les étrangers font l'objet d'un traitement différent de celui accordé aux nationaux, cela doit être considéré comme contraire au traitement national dans tous les cas, de jure ou de facto.

j) *Nouveaux secteurs/nouvelles technologies* : de nouvelles réserves pourront-elles être formulées à l'avenir face à l'émergence de nouvelles technologies ou de nouveaux secteurs d'activité économique ? Cette question a été examinée précédemment (voir annexe).

k) *Privatisation/démonopolisation* : de nouvelles réserves pourront-elles être formulées à l'avenir en cas d'ouverture de secteurs jusque-là fermés à la concurrence privée ? Cette question doit être examinée dans le contexte des dispositions spécifiques de l'AMI concernant la privatisation et les monopoles.

l) *Accords internationaux existants* : Les réserves devraient-elles faire référence aux droits ou obligations contractés découlant pour les parties à l'AMI d'accords bilatéraux, régionaux ou multilatéraux ? Dans toute la mesure du possible, les réserves nécessaires, quelles qu'elles soient, devraient être limitées au secteur concerné (par exemple la pêche).

m) *Mesures* : Les mesures appelant des réserves sont les lois, les réglementations et les pratiques administratives.

IV. Procédure

11. Voici mes propositions quant à la façon dont on pourrait poursuivre nos travaux :

a) au niveau bilatéral : il me semble que la plupart des discussions sur les réserves et les consultations sur les demandes et offres doivent avoir lieu directement entre les délégations en fonction de dispositions arrêtées par les délégations elles-mêmes ;

b) au sein du Groupe de négociation, en séance plénière ou de manière informelle, par exemple au cours de déjeuners, nous pourrions :

- examiner les questions génériques et les catégories spécifiques d’exceptions (concernant par exemple des secteurs particuliers) ;
- suivre l’évolution des offres spécifiques des pays et l’équilibre global des engagements, compte tenu de l’évolution du texte de l’AMI lui-même ;
- envisager l’élaboration de dispositions spécifiques pour la formulation de réserves, en tenant dûment compte des modifications futures des réglementations n’ayant pas pour effet de rendre celles-ci plus restrictives et en assurant un “mécanisme de cliquet” de façon à faire en sorte que la libéralisation future revête un caractère permanent.

12. Il faudra aussi examiner la question du démantèlement, y compris la possibilité de pressions mutuelles dans le cadre du Groupe des parties et/ou de cycles futurs de négociations.

Annexe

(Extrait du texte et des commentaires consolidés DAF/MAI(97)1)

1. Statu quo et listes des réserves spécifiques des pays

1.1. L'objectif de l'AMI est d'assurer une norme minimale élevée de traitement des investisseurs et de leurs investissements, et notamment le traitement national et le régime NPF. Le statu quo consiste en l'interdiction d'exceptions nouvelles ou plus restrictives à cette norme de traitement minimale. Dans cette perspective, une violation du statu quo constituerait une violation des obligations de base de l'AMI (par exemple le traitement national et le régime NPF) et le mécanisme de règlement des différends s'appliquerait à ces violations des obligations de l'AMI.

1.2. Le principe du statu quo ne vaudrait pas toutefois pour les exceptions générales (par exemple au titre de la sécurité nationale) et pour les dérogations temporaires (par exemple pour difficultés de balance des paiements) qui pourraient être autorisées en vertu de l'AMI.

1.3. En ce qui concerne les points sur lesquels les parties contractantes sont prêtes à prendre un engagement de statu quo, le Groupe de rédaction a estimé que :

a) chaque partie contractante devait énumérer toutes ses mesures non conformes dans une annexe de l'Accord ;

b) les réserves devaient décrire, par un libellé qui soit le plus précis possible, la nature et le champ d'application des mesures non conformes, afin de garantir que la portée des réserves ne soit pas plus large que les mesures concernées et qu'il ne s'agisse donc pas de réserves "de précaution" ;

c) aucune mesure non conforme additionnelle ne pourrait être introduite ;

d) une modification d'une mesure non conforme ne serait autorisée que si cette modification n'a pas pour effet de diminuer la conformité de la mesure.

Bien entendu, si les obligations de l'AMI étaient élargies, l'article 1.5 (a) à (d) entrerait de nouveau en jeu pour les obligations nouvelles ou élargies.

1.4. Le Groupe de rédaction a estimé qu'il fallait examiner de façon plus approfondie la question des réserves spécifiques des pays pour certains secteurs sensibles et certaines nouvelles activités économiques pouvant voir le jour à l'avenir. Plusieurs délégations ont suggéré à cet égard une démarche souple, qui consisterait à prévoir des annexes distinctes de l'Accord pour l'énumération des réserves spécifiques des pays concernant ces domaines.

1.5. Le Groupe de rédaction a également considéré qu'une présentation normalisée des mesures non conformes énumérées dans les réserves spécifiques des parties contractantes améliorerait la transparence et faciliterait l'application de l'Accord. Le Groupe de rédaction a estimé que les réserves spécifiques énumérées dans les listes des parties contractantes devaient comporter les éléments suivants :

- a) l'obligation ou l'article de l'AMI faisant l'objet de la réserve ;
- b) le ou les secteur(s) ou sous-secteur(s) donnant lieu à la réserve ;
- c) le niveau d'administration maintenant la mesure non conforme ;
- d) la source juridique de la mesure non conforme ;
- e) la description de la mesure non conforme ;
- f) la finalité de la mesure non conforme.

1.6. Toutefois, pour des raisons pratiques, les informations à fournir devraient se limiter au minimum nécessaire pour décrire les mesures non conformes. Cela vaudrait tout particulièrement pour les mesures infranationales (Etats fédérés et collectivités locales, par exemple), qui ne devraient probablement pas toutes être énumérées.

2. Démantèlement

2.1. Le démantèlement est le processus de libéralisation par lequel les mesures non conformes à l'AMI seraient réduites et, finalement, éliminées. Il s'agit d'un élément dynamique, lié au statu quo, qui en est le point de départ. Associé au statu quo, il produirait un "effet de cliquet", grâce auquel toute nouvelle mesure de libéralisation serait "verrouillée" et ne pourrait être au fil du temps ni abrogée ni invalidée.

2.2. Il existe un certain nombre de méthodes pour parvenir au démantèlement. La plus connue dans le domaine des échanges est celle qui consiste à organiser des cycles de négociations successifs, où le démantèlement résulte de l'échange mutuel de concessions commerciales. Pour leur part, les instruments de libéralisation de l'OCDE ont joué sur la pression exercée par les pairs. Les engagements de démantèlement peuvent également être inscrits sur des listes d'engagements ou de réserves. Bien que cette pratique ne soit pas généralisée, elle a été utilisée dans certains cas pour les instruments de l'OCDE.

2.3. Le démantèlement pourrait être obtenu :

a) au moyen d'engagements de libéralisation souscrits par les parties contractantes, qui prendraient effet à la date d'entrée en vigueur de l'AMI. Cela signifie que les restrictions actuellement appliquées ne figureraient pas toutes dans la liste des réserves des parties contractantes ;

b) au moyen d'engagements de démantèlement qui figureraient dans la réserve d'un pays ou dans la description d'une mesure non conforme par le biais d'une clause d'élimination progressive ou de validité limitée, précisant la date à laquelle une mesure non conforme sera supprimée ou restreinte. Une clause d'élimination progressive ou une clause de validité limitée ne pourraient pas être envisagées pour toutes les mesures non conformes. Elles pourraient être néanmoins utiles lorsque l'élimination progressive d'une mesure non conforme est prévue dans la législation interne ou lorsqu'une partie contractante est à même de s'engager à prendre une mesure de libéralisation à une date précise.

2.4. Le démantèlement après l'entrée en vigueur de l'AMI pourrait résulter :

a) de l'obligation, pour une partie contractante, d'adapter ses réserves pour tenir compte de toute nouvelle mesure de libéralisation (effet de "cliquet") ;

b) d'un examen périodique des mesures non conformes. Cet examen pourrait aboutir à des recommandations en vue de la suppression ou de la limitation de certaines mesures. Il pourrait être effectué pays par pays ou horizontalement ou sectoriellement, compte tenu du degré de libéralisation déjà réalisé ;

c) de cycles futurs de négociations destinés à éliminer des mesures non conformes. La décision de lancer de telles négociations pourrait être prise à l'achèvement des négociations de l'AMI, ou l'AMI lui-même pourrait fixer la date du premier cycle de négociations.

2.5. Le "Groupe des parties" pourrait avoir pour mission de surveiller l'adaptation des réserves des pays, de procéder aux examens périodiques des mesures non conformes ou de lancer des cycles futurs de négociations.