



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

PRINCIPES DIRECTEURS POUR LA FORMULATION DES RESERVES SPECIFIQUES DES PAYS A L'AMI

(Note du Secrétariat)

PRINCIPES DIRECTEURS POUR LA FORMULATION DES RESERVES SPECIFIQUES DES PAYS A L'AMI

(Note du Secrétariat)

I. Introduction

1. De nombreux éléments d'accord sont apparus lors de la dernière réunion du Groupe de négociation quant à l'orientation que devraient prendre ces prochains mois les travaux concernant la libéralisation et la formulation des réserves spécifiques des pays. Le Président a conclu que ces travaux devaient consister à poursuivre parallèlement les consultations bilatérales entre délégations et les discussions en session plénière, à finaliser l'article sur la formulation des réserves spécifiques des pays et à préparer une liste révisée de réserves spécifiques des pays à l'AMI après la réunion de septembre 1997 [DAFFE/MAI/M(97)6].

2. Le Président du Groupe de négociation a également proposé de soumettre aux délégations des "principes directeurs" pour la formulation des réserves spécifiques des pays, compte tenu de ses notes précédentes à ce sujet [DAFFE/MAI(97)11 et DAFFE/MAI(97)14] et des problèmes d'ordre général ou technique que les délégations ont évoqués verbalement ou par écrit. Pour mettre utilement à profit la pause estivale, le Président a demandé au Secrétariat de rédiger dès que possible un premier projet de principes directeurs et d'inviter les délégations à commenter ce projet, de façon qu'une note à caractère plus définitif puisse être examinée par le Groupe de négociation à sa réunion de septembre 1997.

3. La présente note du Secrétariat fait suite à cette demande. Elle rappelle tout d'abord les objectifs généraux fixés par le Président du Groupe de négociation pour la formulation des réserves spécifiques des pays et propose des "principes directeurs" destinés à régler les problèmes d'ordre général ou technique qui ont été évoqués.

4. Cette note ne traite pas toutefois les problèmes politiques qui font actuellement l'objet de négociations (notamment ceux qui concernent la disposition relative aux organisations d'intégration économique régionale, les mesures infranationales, l'ordre public ou les activités culturelles), ni la question générale des liens entre l'AMI et l'AGCS.

II. Objectifs généraux pour la formulation des réserves spécifiques des pays

5. Les objectifs généraux pour la formulation des réserves spécifiques des pays ont été définis en février dernier par le Président de la façon suivante [section II de DAFFE/MAI(97)11] :

"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 même de l'AMI.

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.

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.

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 puissent être "compensées" par des concessions sur d'autres aspects des négociations.

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.

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 que d'autres ne contiennent des réserves qu'au niveau de l'administration centrale.

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. Problèmes d'ordre général ou technique

6. Cette section est consacrée aux problèmes d'ordre général ou technique qui ont été évoqués par les délégations à propos de la rédaction et de l'interprétation des listes préliminaires des réserves spécifiques des pays à l'AMI qui ont été soumises [DAFFE/MAI/RES(97)31 et DAFPE/MAI(97)5/REV1]. Les alinéas a) à g) reprennent les points que les délégations semblent avoir largement approuvés lors des discussions antérieures au sujet des notes du Président [DAFFE/MAI(97)11 et DAFPE/MAI(97)14]. Les alinéas h) à l) suggèrent les principes directeurs qui pourraient être adoptés pour un certain nombre d'autres problèmes d'ordre technique ou général.

a) Obligations déclaratives

7. Aucune réserve ne sera nécessaire pour une obligation déclarative, par exemple à des fins statistiques, si cette obligation n'assujettit pas l'investissement à une autorisation ou n'entraîne pas des retards pour l'investissement.

b) Mesures prudentielles

8. Les mesures relevant de l'article de l'AMI sur les mesures prudentielles n'ont pas besoin de faire l'objet d'une réserve. Elles sont toutefois soumises aux dispositions en matière de transparence. Les autres mesures discriminatoires appelleraient des réserves, même si le pays concerné considère qu'elles sont justifiées pour des raisons prudentielles.

c) Réciprocité

9. Les obligations de réciprocité sont contraires à l'obligation NPF (sauf si elles s'appliquent dans le contexte d'accords de reconnaissance du type de ceux visés à l'article de l'AMI sur les accords de reconnaissance pour les services financiers). Elles devraient donc faire l'objet de réserves spécifiques des pays.

d) Réglementations inactives

10. Lorsque les pays ont des réglementations inactives 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 réglementations de façon discriminatoire.

e) Programmes spéciaux pour certaines régions géographiques

11. Les programmes spéciaux pour certaines régions géographiques n'exigeraient pas de réserves, sauf si ces programmes entraînent une discrimination à l'encontre des investisseurs étrangers ou de leurs investissements.

f) Programmes spéciaux à l'intention de certains groupes

12. Les programmes spéciaux à l'intention de certains groupes (par exemple aborigènes) ne devraient pas faire l'objet de réserves, sauf s'ils entraînent une discrimination à l'encontre des investisseurs étrangers ou de leurs investissements.

g) Services professionnels

13. Les mesures non discriminatoires régissant les qualifications professionnelles des prestataires de services seraient compatibles avec l'AMI. Mais tout traitement des investisseurs étrangers et de leurs investissements (qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales) moins favorable que celui accordé aux nationaux devra être considéré comme contraire au traitement national.

h) Prestations de services transfrontières

14. Quelles que soient les modalités qui seront retenues (une disposition spéciale ou une note interprétative) et quelles que soient les prestations auxquelles elles s'appliqueront (services financiers, obligations de résultat...), il est entendu que l'AMI n'est pas censé s'appliquer à la prestation transfrontières de services (c'est-à-dire sans établissement du fournisseur du service dans le pays où le service est fourni) [DAFFE/MAI/DG3(97)10/FINAL, paragraphe 30 et DAF/MAI/ST(97)12, section III, note en bas de page n° 7]. En conséquence, les restrictions à ces opérations n'exigeraient pas de réserves.

i) Accords internationaux en vigueur

15. Tout traitement préférentiel en vertu d'accords internationaux en vigueur se traduisant par un traitement discriminatoire entre les parties contractantes devrait faire l'objet de réserves à l'obligation NPF. Les réserves nécessaires devraient être limitées à la mesure discriminatoire ou aux secteurs concernés (par exemple, transports aériens, pêche). Une proposition de disposition relative aux organisations d'intégration économique régionale est à l'examen.

j) Quelles sont les mesures "de fait" qui seront considérées comme non conformes à l'obligation de traitement national ?

16. L'obligation de traitement national dans le cadre du GATT couvre les mesures "de fait" pour lesquelles il existe une jurisprudence. Cette notion fait également partie intégrante de l'obligation de traitement national en vertu de l'AGCS (article XVII), qui s'applique aux quatre modes de prestation, y compris la présence commerciale.

17. Dans la lignée de l'AGCS, un traitement formellement identique ou formellement différent pourrait être considéré comme contraire au traitement national dans le cadre de l'AMI s'il modifie les conditions de concurrence en faveur des investisseurs ou des investissements d'une partie contractante par rapport aux investisseurs ou aux investissements d'une autre partie contractante.

k) Résidence

18. Une obligation de résidence imposée aux investisseurs constituerait un refus d'accorder le traitement national aux investisseurs (personnes physiques ou morales) souhaitant créer une entreprise, développer une entreprise existante ou simplement effectuer un investissement de portefeuille. A fortiori, une obligation de résidence préalable imposée aux investisseurs (par exemple, l'obligation, pour l'investisseur, d'avoir résidé cinq ans dans le pays concerné pour pouvoir effectuer un investissement dans une activité de services) exigerait une réserve. Une telle obligation constituerait un refus d'accorder le traitement national aux investisseurs et à leurs investissements, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales.

19. Une obligation de résidence pour certaines activités émanant d'investissements serait conforme au traitement national si elle était conçue de telle manière qu'on accorde le traitement national aux investissements résidents tout en empêchant la prestation transfrontières de services dans le pays concerné par des non-résidents.

20. La question de savoir si un traitement différent d'investisseurs résidents et non-résidents ou de leurs investissements est à considérer comme conforme au traitement national doit être essentiellement tranchée en fonction du critère des "circonstances similaires". (Il reste à décider si l'obligation de traitement national doit faire expressément référence aux "circonstances similaires", mais il a été convenu en principe que ce critère doit s'appliquer.)

21. Lorsqu'un traitement différend s'applique entre les résidents et les non-résidents :

- La différence de traitement ne doit pas aller au-delà de ce que justifie la différence de circonstances entre les résidents et les non-résidents.
- Les nationaux qui sont des non-résidents doivent être traités de la même manière que les autres non-résidents.
- Les résidents permanents doivent être traités de même manière que les autres résidents (nationaux).

l) Formes d'établissement

22. Les investisseurs doivent être autorisés à établir leurs investissements sous toute forme (par exemple succursale, filiale) autorisée pour les investisseurs nationaux.

23. Les conditions d'établissement et d'exercice des activités pourront n'être pas toujours identiques, en raison du critère des "circonstances similaires", mais les différences de traitement ne doivent pas aller au-delà de ce que justifie la différence de circonstances.

Annexe

(Extrait du commentaire consolidé du Texte consolidé, DAFFE/MAI(97)1/REV2)

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.