



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

**DEROGATIONS AU STATU QUO :
AGCS, ALENA ET SOLUTIONS POSSIBLES POUR L'AMI**

(Note du Président)

**DEROGATIONS AU STATU QUO :
AGCS, ALENA ET SOLUTIONS POSSIBLES POUR L'AMI**

(Note du Président)

1. Le principe du "statu quo", en vertu duquel aucune nouvelle mesure non conforme ne doit être adoptée, est un élément fondamental de l'AMI. Malgré tout, nous avons admis que des exceptions limitées au statu quo pouvaient se justifier pour préserver une certaine souplesse dans le cas de dérogations futures aux disciplines de l'AMI à des fins particulières, notamment pour prendre en compte certaines sensibilités nationales ou le rôle d'autres accords internationaux.

2. La note précédente [DAFFE/MAI(98)5] contient une liste de principes qui pourraient s'appliquer aux solutions autorisant des dérogations statu quo dans le cadre de l'AMI. L'annexe de cette note énumère huit domaines : (i) la sécurité nationale, (ii) l'ordre public, (iii) les organisations d'intégration économique régionale, (iv) la culture, (v) les subventions, (vi) les questions liées aux accords internationaux, (vii) les préférences en faveur des autochtones et des minorités et (viii) les services sociaux. Les privatisations et la démonopolisation pourraient également être prises en compte dans ce contexte.

3. A mon avis, il faudrait, pour toute approche globale des dérogations au statu quo :

- éviter chaque fois que possible des exclusions de large portée ;
- concevoir les exceptions s'en tenant strictement aux besoins du secteur ou de l'activité ;
- prendre en compte les éléments communs à un grand nombre de pays ou à tous ;
- reconnaître les éléments spécifiques à certains pays : sur certains points, certains pays sont prêts à s'engager à respecter le statu quo, alors que d'autres veulent conserver une certaine souplesse ;
- contribuer à l'équilibre global des droits et obligations au résultat de l'AMI ;
- obtenir un maximum de transparence ;
- assurer la protection des investissements existants.

4. Cette note a pour objet de faire progresser les discussions sur ces points. A cette fin, l'annexe I analyse succinctement les méthodes retenues dans l'AGCS et dans l'ALENA, dont les parties ont déjà eu à traiter la plupart des problèmes mentionnés au paragraphe 2. Il sera certainement utile d'avoir à l'esprit ces choix et ces solutions lorsque nous examinerons le régime à adopter pour l'AMI.

5. L'annexe II est consacrée aux transports aériens, secteur des services extrêmement réglementé, et l'annexe III concerne les préférences en faveur des autochtones et des minorités. Ces deux annexes prennent en compte l'expérience acquise avec l'AGCS et l'ALENA et elles proposent à titre d'exemple des textes qui pourraient être examinés aux fins de l'AMI.

6. L'approche retenue dans ces projets d'annexes pourrait également servir de modèle pour d'autres annexes relatives à d'autres secteurs. Par exemple, le secteur de la pêche pourrait être traité d'une manière comparable au secteur des transports aériens. Dans d'autres secteurs, comme les transports maritimes ou la culture, on pourrait envisager une approche mixte reposant à la fois sur des règles communes prévues dans une annexe et sur des exceptions spécifiques des pays, du type de celles proposées pour les préférences en faveur des autochtones.

Questions :

- 1. Les délégués approuvent-ils l'approche proposée à l'annexe II pour les transports aériens ?*
- 2. Les délégués approuvent-ils l'approche proposée à l'annexe III pour les préférences en faveur des autochtones ou des minorités ?*

ANNEXE I

ANALYSE DES APPROCHES RETENUES DANS L'AGCS ET DANS L'ALENA

On résumera tout d'abord l'approche générale retenue dans l'AGCS et dans l'ALENA pour le principe du statu quo. Puis on présentera les solutions adoptées dans l'AGCS et dans l'ALENA sur les huit points énumérés dans l'annexe du document DAFPE/MAI(98)5 susceptibles de donner lieu à des dérogations futures au statu quo : (i) la sécurité nationale, (ii) l'ordre public, (iii) les organisations d'intégration économique régionale, (iv) la culture, (v) les subventions, (vi) les questions liées aux accords internationaux, (vii) les préférences en faveur des autochtones et des minorités et (viii) les services sociaux.

L'AGCS ET L'ALENA : APPROCHE GENERALE DU STATU QUO

Dans l'AGCS, les parties disposent d'une grande latitude pour le statu quo. En raison de "l'approche par le bas", les dérogations futures au statu quo dans le domaine de l'accès au marché et du traitement national ne sont interdites que lorsqu'elles ne sont pas conformes aux engagements pris dans la liste d'une partie¹. Les nouvelles mesures restrictives sont autorisées pour tout secteur, sous-secteur ou mode de prestation ne faisant pas l'objet d'un engagement dans la liste du pays. Les dérogations futures au régime NPF sont autorisées pour les secteurs et mesures mentionnés dans la liste d'exemptions au régime NPF du pays.

On ne trouve que dans le mémorandum d'accord de l'AGCS sur les services financiers une obligation générale de statu quo pour l'établissement des listes des pays. En effet, contrairement à l'ensemble de l'AGCS, ce mémorandum d'accord repose sur une approche par le haut.

Les obligations de statu quo prévues dans l'ALENA sont en principe de plus large portée que celles de l'AGCS, puisque l'ALENA s'appuie sur "l'approche par le haut", c'est-à-dire que toute mesure restrictive qui ne figure pas dans la liste des exceptions/réserves est interdite. Les réserves pour les mesures existantes sont mentionnées dans l'annexe I de l'ALENA et sont soumises à l'obligation de statu quo.

Mais en ce qui concerne les investissements et les services, l'ALENA autorise les parties à formuler des réserves pour les mesures futures dans une liste fermée qui figure à l'annexe II de l'accord. Les réserves pour les mesures futures de l'annexe II peuvent concerner tous les secteurs -- y compris les services financiers -- et toutes les obligations principales de l'ALENA :

- le traitement national
- le régime de la nation la plus favorisée
- la présence locale
- les obligations de résultat
- les dirigeants des entreprises

Toutefois, les mesures futures n'échappent pas aux obligations de l'ALENA concernant la protection des investisseurs (c'est-à-dire celles qui sont relatives au transfert, à l'expropriation, etc.).

¹ Même pour les secteurs mentionnés dans la liste relative aux engagements spécifiques des pays, l'obligation de statu quo n'est pas absolue : l'article XXI de l'AGCS permet le retrait de tout engagement, en conférant aux autres parties un droit à compensation.

L'ALENA comporte une annexe distincte IV pour certaines exceptions au régime NPF. En fait, l'annexe IV énumère uniquement les exceptions au régime NPF qui ont trait aux accords bilatéraux ou multilatéraux existants (tous secteurs) ou futurs (certains secteurs uniquement). Toutes les autres exceptions au régime NPF et/ou aux autres obligations concernant les mesures futures figurent dans l'annexe II de l'ALENA.

L'AGCS ET L'ALENA : APPROCHES CONCERNANT CERTAINES QUESTIONS

(i) Sécurité nationale

AGCS : l'article XIV contient une exception générale en matière de sécurité nationale qui est similaire au projet d'article du texte consolidé de l'AMI ; on notera toutefois que l'alinéa concernant les armes nucléaires est beaucoup plus large dans l'AGCS. La question du maintien de la protection des investissements même dans des situations mettant en cause la sécurité nationale, comme il est prévu dans le texte consolidé, ne se pose pas dans l'AGCS, qui ne comporte pas de dispositions relatives à la protection des investissements.

ALENA : l'article 2102 a un libellé similaire à celui du projet d'article du texte consolidé, ce dernier étant toutefois légèrement plus restrictif pour l'application de l'exception au titre de la sécurité nationale à l'approvisionnement d'établissements militaires.

(ii) Ordre public

AGCS : l'article XIV contient une exception générale pour l'ordre public. Beaucoup plus large que le projet de disposition du texte consolidé de l'AMI, il exempte (a) les mesures nécessaires pour préserver la moralité publique ou l'ordre public, (b) les mesures nécessaires pour protéger la santé humaine et animale ou pour protéger les végétaux, et (c) les mesures nécessaires pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec l'accord.

ALENA : les dispositions générales relatives à certaines questions touchant à l'ordre public qui figurent à l'article 2101 ne sont pas applicables au chapitre de l'ALENA concernant les investissements. Un paragraphe de ce chapitre réserve le droit, pour les parties, de prendre des mesures pour l'application de la loi, les services correctionnels, la sécurité ou l'assurance du revenu, la sécurité ou l'assurance sociale, l'aide sociale, l'enseignement public, la formation publique, la santé et les services de garde d'enfants, d'une manière qui n'est pas incompatible avec l'accord. On notera que les mesures de protection des consommateurs bénéficient d'une exception pour les services transfrontaliers, mais pas pour l'investissement.

(iii) Organisations d'intégration économique régionale

AGCS : l'article V sur l'intégration économique autorise les mesures préférentielles de libéralisation entre les parties à des accords d'intégration économique, à condition que ces mesures n'élèvent pas, par rapport aux tiers, le niveau général des obstacles dans un secteur ou sous-secteur déterminé. Les filiales d'entreprises de pays tiers établies sur le territoire d'organisations d'intégration économique régionale ont droit au traitement au titre de l'organisation d'intégration économique régionale. L'AGCS prévoit également pour les organisations d'intégration économique régionale des procédures de notification, d'examen et de recommandation.

ALENA : Pas de clause relative aux organisations d'intégration économique régionale.

(iv) Culture

AGCS : l'AGCS ne comporte pas d'exception générale concernant la culture. En raison de l'approche "par le bas", les parties souhaitant conserver la liberté d'adopter à l'avenir des mesures visant à préserver leur identité culturelle :

- n'ont mentionné aucun secteur culturellement sensible, notamment les services audiovisuels, dans leurs listes d'engagements, et
- ont mentionné des exemptions du régime NPF pour ces secteurs dans leur liste individuelle d'exemptions du régime NPF (certains pays n'ont mentionné des exemptions du régime NPF que pour les accords existants et futurs de coproduction).

En conséquence, les mesures relatives aux services audiovisuels dans les pays concernés ne sont ni soumises au statu quo, ni au régime NPF. En revanche, les autres parties à l'AGCS conservaient la possibilité d'offrir de larges engagements de statu quo et de régime NPF pour les services audiovisuels en contrepartie d'engagements dans d'autres secteurs. Les obligations de transparence s'appliquent à toutes les parties.

ALENA : l'article 2106 de l'ALENA, en liaison avec l'annexe 2106, énonce une exception générale pour les "industries culturelles". Les conditions sont les mêmes que pour l'exception culturelle qui figure dans l'Accord de libre-échange entre le Canada et les Etats-Unis. Il y a donc possibilité de rétorsion de l'autre partie lorsque de nouvelles mesures restrictives sont appliquées pour des motifs culturels.

L'article 2107 de l'ALENA comporte une liste fermée de secteurs considérés comme étant des "industries culturelles" (notamment livres, films et enregistrements vidéo, enregistrements de musique audio ou vidéo, CD musicaux et radio/télévision).

(v) Subventions

AGCS : il n'y a pas d'exception générale pour les subventions. L'article XV prévoit néanmoins que les Membres engageront des négociations pour éviter les "effets de distorsion" des subventions. Les mesures futures qui restreignent le traitement national restent possibles pour les secteurs qui n'ont pas été inscrits dans la liste du pays, ou lorsqu'un engagement horizontal a été limité en conséquence. La non-application du régime NPF exige en outre une mention correspondante dans la liste du pays des exemptions du régime NPF.

ALENA : le chapitre sur l'investissement exclut à l'article 1108 les subventions des obligations concernant le traitement national, le régime NPF et les dirigeants de sociétés. Conformément à l'article 1106(3), un ensemble limité d'obligations relatives aux prescriptions de résultat s'applique à l'octroi d'un "avantage en ce qui concerne un investissement...". L'interdiction des obligations de résultats est en outre assouplie dans le cas des programmes de promotion des exportations et d'aide extérieure.

(vi) Préférences en faveur des autochtones ou des minorités

AGCS : pas d'exception générale. Pas de mentions dans les listes concernant les engagements horizontaux. Pas de mentions dans les listes individuelles d'exemption du régime NPF. Cela est dû sans doute à la définition du traitement national au sens de l'AGCS.

ALENA : les trois pays de l'ALENA ont formulé des réserves pour les mesures existantes et les mesures futures à l'annexe II pour ce qui concerne l'obligation de traitement national et d'autres obligations. On notera que l'article 1102(3) de l'ALENA définit aux fins du chapitre sur l'investissement le traitement

national dans le cas d'un Etat ou d'une province comme "un traitement non moins favorable que le traitement le plus favorable accordé par cet Etat ou cette province, dans des circonstances analogues, aux investisseurs et aux investissements effectués par les investisseurs, de la partie sur le territoire de laquelle est situé l'Etat ou la province".

(vii) Services sociaux

AGCS : les pays de l'ALENA, l'Australie et la Nouvelle Zélande ont exclu le statu quo pour les services sociaux en ne mentionnant pas ce secteur dans leur liste d'engagements spécifiques. Aucune exemption du régime NPF n'a été mentionnée. D'autres pays n'ont pas exclu l'ensemble du secteur des services sociaux, mais pratiquent un régime de monopole public. On notera que certains services relevant de ce secteur sont en général fournis directement par les autorités publiques dans des conditions non concurrentielles et non commerciales. Ces services publics sont exclus de l'AGCS conformément à son article premier, paragraphe 3(b).

ALENA : toutes les parties à l'ALENA ont formulé des réserves identiques à l'annexe II en ce qui concerne le traitement national, la présence locale et les dirigeants de sociétés (le Canada étant le seul à avoir formulé des réserves pour le régime NPF) pour les mesures en vigueur et futures concernant les services sociaux d'intérêt public (y compris les services de santé).

(viii) Questions liées à des accords internationaux

(a) Marchés publics

AGCS : l'article XIII de l'AGCS contient une exception générale, applicable aux marchés publics, pour les obligations de régime NPF, d'accès au marché et de traitement national. Le paragraphe 2 de cet article prévoit des négociations multilatérales sur les marchés publics de services.

ALENA : le chapitre 10 concernant les marchés publics s'applique aux achats de biens et de services. Il prévoit le traitement national et le régime NPF pour les fournisseurs étrangers des autres pays de l'ALENA, tant en ce qui concerne la procédure d'appel d'offres que la sélection des attributaires. Les dispositions du chapitre 10 remplacent celles du chapitre sur l'investissement qui ont trait au traitement national, au régime NPF et aux dirigeants de sociétés pour tout ce qui concerne les marchés publics (voir l'article 1108). Toutefois, certains éléments de ce dernier chapitre restent applicables pour les obligations de résultat.

(b) Pêche

AGCS : ce secteur n'est pas couvert par l'AGCS, sauf en ce qui concerne les services accessoires aux activités de pêche. Le Canada a formulé une exemption du régime NPF en ce qui concerne les relations bilatérales préférentielles dans ce secteur.

ALENA : l'ALENA ne comporte pas de dispositions particulières pour la pêche. Le chapitre 11 est pleinement applicable aux investissements dans le secteur de la pêche. Toutefois, tous les pays de l'ALENA ont formulé une exception au régime NPF à l'annexe IV pour les accords bilatéraux et multilatéraux en vigueur ou futurs relevant du secteur de la pêche. Il n'existe pas d'autres réserves applicables aux mesures futures concernant le secteur de la pêche.

(c) Transport aérien

AGCS : l'annexe de l'AGCS sur les services de transport aérien comporte deux caractéristiques essentielles. Elle confirme expressément que les obligations résultant de l'AGCS ne réduisent pas ou n'affectent pas les obligations découlant pour un Membre d'accords bilatéraux ou multilatéraux en vigueur. En outre, elle fait échapper à l'AGCS les droits de trafic (y compris les critères de désignation des compagnies aériennes, notamment la propriété et le contrôle) ainsi que les services qui s'y rattachent directement.

Toutefois, les Etats-Unis et la Communauté européenne, par exemple, ont formulé une exemption du régime NPF pour les accords bilatéraux concernant (i) les systèmes informatisés de réservation et (ii) la vente et la commercialisation de services de transport aérien.

ALENA : l'ALENA ne comporte pas d'annexe particulière pour le transport aérien. Mais toutes les parties ont formulé une exception au régime NPF à l'annexe IV en ce qui concerne les accords bilatéraux et multilatéraux, en vigueur et futurs, relevant du secteur de l'aviation. De plus, le chapitre 12 sur le commerce transfrontières des services ne s'applique pas à l'ensemble des services aériens, intérieurs et internationaux (autres que les services spéciaux et les services de réparation). Enfin, l'annexe II contient une réserve formulée par le Canada, qui concerne le traitement national, le régime NPF et les dirigeants de sociétés et qui s'applique aux mesures futures relatives aux investissements dans les services aériens spéciaux. Tous les pays de l'ALENA ont fait figurer à l'annexe I (statu quo) leurs règles en vigueur concernant le "lien véritable".

(d) Transport maritime

AGCS : les négociations dans le domaine des transports maritimes concernant la navigation internationale, les services auxiliaires et l'accès aux installations portuaires ne sont pas encore achevés dans le cadre de l'AGCS. Les engagements qui ont pu être pris ne sont pas juridiquement soumis au statu quo et l'application du principe NPF a été limitée. Pour le moment, il n'est pas fait référence de façon générale aux accords relatifs aux questions maritimes, bilatéraux et multilatéraux, en vigueur ou futurs.

ALENA : il n'y a pas d'annexe particulière sur le transport maritime. Mais tous les pays de l'ALENA ont formulé une exception au régime NPF à l'annexe IV en ce qui concerne les accords bilatéraux et multilatéraux relatifs aux questions maritimes, en vigueur ou futurs. En outre, l'annexe II contient les réserves suivantes au traitement national, au régime NPF et à d'autres obligations pour ce qui est des mesures futures : (i) Canada, pour le cabotage maritime et un refus particulier du régime NPF (par rapport au Mexique) pour les investisseurs des Etats-Unis ; (ii) Etats-Unis, en ce qui concerne les services de transport maritime, sauf la construction de navires et les éléments terrestres des activités portuaires. Seul le Canada a, semble-t-il, fait figurer à l'annexe I les conditions qu'il applique actuellement pour le "lien véritable" exigé pour qu'un navire puisse battre pavillon canadien.

(e) Télécommunications

AGCS : les négociations concernant les services de télécommunications de base se sont seulement achevées il y a un an environ. Un grand nombre de restrictions aux engagements ont trait aux services transfrontières et non aux investissements. Plusieurs pays maintiennent un monopole intégral ou partiel dans le secteur des télécommunications de base.

En outre, l'AGCS comporte une annexe particulière pour l'accès et le recours au réseau des services publics de transport des télécommunications. Cette annexe prévoit l'accès des fournisseurs étrangers à ces réseaux et services (sauf pour la distribution par câble ou la diffusion d'émissions radiophoniques et télévisuelles) et elle énonce des conditions et restrictions qui peuvent être imposées. Un paragraphe spécial reconnaît le rôle des organisations et conventions internationales spécialisées.

ALENA : un chapitre spécial traite de l'investissement et des services dans certains secteurs des télécommunications (essentiellement les réseaux publics et les services à valeur ajoutée). Il ne s'applique pas à la distribution par câble ou à la diffusion d'émissions radiophoniques et télévisuelles.

Les trois pays de l'ALENA ont formulé une exception au régime NPF à l'annexe IV pour les accords bilatéraux et multilatéraux en vigueur ou futurs relevant du transport des télécommunications. En outre, l'annexe II contient les réserves suivantes au traitement national, au régime NPF, etc., pour les mesures futures : (i) Canada, pour le transport des télécommunications, (ii) Mexique, pour le transport des télécommunications ainsi que pour certains autres services de télécommunications, (iii) Etats-Unis pour le transport des télécommunications et la télévision par câble.

ANNEXE II

TRANSPORT AERIEN

1. Les activités relevant du secteur des transports aériens sont régies, dans une large mesure, par tout un ensemble de conventions multilatérales et bilatérales. L'AMI est censé s'appliquer pleinement aux investissements dans le secteur des transports aériens, mais il n'a pas à remettre en cause l'équilibre des droits et obligations résultant des conventions multilatérales et bilatérales actuelles ou futures. Le projet ci-joint d'annexe de l'AMI sur le transport aérien vise à concilier ces objectifs. Ce texte propose une solution générique¹, étant donné que la question des accords bilatéraux/multilatéraux sur le transport aérien se pose pour la quasi-totalité des parties à l'AMI.

2. S'appuyant sur l'annexe de l'AGCS concernant les services de transport aérien, l'article 1 fait échapper aux principales obligations de l'AMI (traitement national, régime NPF, obligations de résultat, dirigeants de sociétés et conseils d'administration) toutes les mesures relatives aux droits de trafic. Cette exclusion vaut quel que soit le cadre dans lequel ces mesures sont adoptées, c'est-à-dire par la voie unilatérale ou, comme cela sera généralement le cas, par voie de convention internationale.

3. On peut sans doute considérer que les mesures concernant les droits de trafic ont un lien plus ténu avec l'AMI qu'avec l'AGCS. En effet, ces mesures affectent dans la plupart des cas la fourniture transfrontières de services et non les investissements. Mais, comme certaines délégations l'ont souligné, les droits de trafic aérien pourraient, en vertu de la définition de l'investissement dans l'AMI, être considérés comme un actif d'une compagnie aérienne. L'article 1 ci-après, tout en excluant l'application des principales obligations de l'AMI, maintient la protection de l'investisseur pour les droits de trafic existants dans la mesure où ils constituent un actif.

4. La définition des "droits de trafic" à l'article 1 reprend le texte de l'annexe de l'AGCS sur les services de transport aérien ; il omet toutefois le membre de phrase "et les critères de désignation des compagnies aériennes, dont des critères tels que le nombre, la propriété et le contrôle".

5. Tout en n'étant pas absolument nécessaire sur le plan juridique, l'article 2 adresse un signal en réitérant la détermination des parties à l'AMI de soumettre à l'accord les investissements dans le transport aérien. On notera à cet égard que les obligations relatives aux investissements directs étrangers, qui figurent dans les Codes de libération de l'OCDE, s'appliquent d'ores et déjà à la propriété ou au contrôle des compagnies aériennes.

6. L'article 3 du projet d'annexe s'inspire de l'annexe de l'AGCS sur les services de transport aérien, mais aussi de l'annexe IV de l'ALENA. Afin de préserver la possibilité, pour les parties à l'AMI, de maintenir les accords bilatéraux ou multilatéraux en vigueur ou d'en conclure à l'avenir, sans avoir à accorder le traitement préférentiel aux autres parties à l'AMI, l'article 3 exclut ces accords de l'obligations NPF. En revanche, les autres obligations de l'AMI resteront applicables. Par conséquent, les accords futurs ne peuvent pas imposer de nouvelles restrictions aux pays tiers.

¹ Voir le paragraphe 6 de l'aide-mémoire de la réunion du groupe technique sur les exceptions spécifiques des pays, qui s'est tenue les 21-23 janvier 1998 [DAFFE/MAI/EX(98)18].

7. Si l'on a procédé ainsi, c'est aussi parce qu'un grand nombre de pays de l'OCDE, notamment l'UE et les Etats-Unis, ont formulé dans le cadre de l'AGCS des exemptions du régime NPF pour les accords en vigueur et les accords futurs concernant le transport aérien (dans des domaines autres que les droits de trafic, et notamment pour les systèmes informatisés de réservation). L'exception générale proposée à l'article 3 éviterait la nécessité de très larges exceptions spécifiques des pays pour les accords bilatéraux actuels et futurs, comme on en trouve dans les listes émises par les pays pour les exceptions à l'AMI qu'ils envisagent.

TEXTE ILLUSTRATIF D'UNE ANNEXE SUR LES TRANSPORTS AERIENS

Article 1

Droits de trafic

1. Les obligations énoncées dans le présent accord en ce qui concerne le traitement national, le régime NPF, les obligations de résultat ainsi que les dirigeants de sociétés et les conseils d'administration ne s'appliquent pas à l'octroi de droits de trafic.
2. L'expression "droits de trafic" s'entend du droit pour les services réguliers ou non de fonctionner et/ou de transporter des passagers, du fret et du courrier moyennant rémunération ou location en provenance, à destination, à l'intérieur ou au-dessus du territoire d'un Membre, y compris les points à desservir, les itinéraires à exploiter, les types de trafic à assurer, la capacité à fournir, les tarifs à appliquer et leurs conditions.
3. Aucune partie contractante ne peut, au titre d'une mesure adoptée après l'entrée en vigueur du présent accord et autorisée en vertu du paragraphe 1 du présent article, obliger un investisseur d'une autre partie contractante, en raison de sa nationalité, à vendre ou à aliéner d'une autre façon un investissement existant au moment où la mesure entre en vigueur¹.

Article 2

Propriété des compagnies aériennes

Aucune disposition de l'article 1 ne peut être interprétée comme affectant les obligations des parties concernant la propriété, le contrôle et la gestion des compagnies aériennes ou de toute autre entreprise fournissant des services de transport aérien.

Article 3

Autres accords internationaux

1. Le présent accord n'affecte pas les droits et obligations des parties en vertu d'accords bilatéraux et multilatéraux en vigueur.
2. L'article X [sur le régime de la nation la plus favorisée] ne s'applique pas au traitement accordé en vertu des accords internationaux en vigueur et futurs dans le secteur des transports aériens.

¹ Ce texte s'appuie sur l'article 1108(4) de l'ALENA, reproduit dans le texte consolidé de l'AMI DAFPE/MAI(98)7.

ANNEXE III

PREFERENCES EN FAVEUR DES ABORIGENES OU DES MINORITES

1. Un certain nombre de pays participant à la négociation de l'AMI ont proposé de larges exceptions ou des annexes particulières pour tenir compte des mesures accordant un traitement préférentiel à certains de leurs nationaux, généralement dans le cadre des mesures spéciales en faveur des populations aborigènes et/ou des minorités défavorisées.

2. Le problème n'est pas de savoir si l'AMI doit autoriser les mesures en vigueur ou futures en faveur des aborigènes et des minorités, ce principe étant largement accepté. Il s'agit de savoir comment en tenir compte dans l'AMI. La réponse dépend de la définition du traitement national. Le traitement national en vertu de l'AMI oblige-t-il les parties à accorder aux investisseurs étrangers un traitement qui ne soit pas moins favorable que le traitement le plus favorable, même si ce traitement est réservé aux minorités ethniques ou autres, ou bien est-il suffisant d'accorder un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui accordé aux investisseurs nationaux en général. C'est seulement dans le premier cas qu'une exception (sous la forme d'une exception spécifique du pays ou d'une exception générale) sera nécessaire.

3. Cette question est étroitement liée à celle de la définition du traitement national dans les Etats fédéraux. La notion de traitement national exige-t-elle pour les investisseurs étrangers le traitement accordé aux ressortissants de l'Etat fédéré concerné, ou suffit-il d'accorder un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui accordé aux nationaux qui ne sont pas ressortissants de l'Etat fédéré concerné ? Cette question a été évoquée lors des négociations de l'AMI¹, mais elle n'a pas encore été réglée.

4. L'article 1102(3) de l'ALENA définit le traitement national dans le cas d'un Etat ou d'une province comme "un traitement non moins favorable que le traitement le plus favorable accordé par cet Etat ou cette province, dans des circonstances analogues, aux investisseurs, et aux investissements effectués par les investisseurs, de la partie sur le territoire de laquelle est situé l'Etat ou la province". Les trois pays de l'ALENA ont formulé des réserves pour les mesures en vigueur et futures concernant le traitement préférentiel des aborigènes, ces réserves figurant à l'annexe II de l'ALENA.

5. L'AGCS, en revanche, ne contient aucune définition expresse comparable à celle de l'article 1102(3) de l'ALENA. C'est pourquoi, peut-être, aucun des trois pays de l'ALENA n'a jugé nécessaire de faire figurer dans sa liste relative à l'AGCS des restrictions concernant les mesures actuelles et futures en faveur des aborigènes.

6. Les négociateurs de l'AMI devront envisager les options suivantes :

- (i) Dans le texte consolidé actuel, le traitement national reste défini comme un traitement non moins favorable que le traitement accordé par une partie à ses propres investisseurs. Il n'exige pas un "traitement non moins favorable que le traitement le plus favorable", par exemple, le traitement accordé aux résidents d'un Etat fédéré ou à des minorités ethniques. En cas de traitement préférentiel d'aborigènes, aucune exception générale ou aucune exception spécifique large des pays ne seraient nécessaires. Si toutefois les parties le jugeaient nécessaire, on pourrait clarifier ce point par une note interprétative.
- (ii) Le traitement national pourrait être défini, comme dans l'ALENA et comme dans la proposition d'une délégation, par comparaison avec le traitement le plus favorable accordé

¹ Voir la proposition d'une délégation figurant dans le texte consolidé DAFPE/MAI(98)7.

aux investisseurs nationaux, ce qui couvre le traitement des ressortissants d'un Etat fédéré et le traitement préférentiel de minorités. Les pays souhaitant conserver les mains libres en ce qui concerne le traitement préférentiel d'aborigènes et/ou d'autres minorités devraient formuler de larges exceptions et/ou obtenir un consensus en faveur d'une annexe spéciale ou d'une exception générale.

7. Si l'accord se faisait sur la deuxième option, c'est-à-dire que la définition du traitement national prendrait en compte le "traitement le plus favorable", les négociateurs devront étudier les options techniques concernant la possibilité de déroger au statu quo pour les préférences accordées aux aborigènes ou aux minorités, conformément aux principes directeurs exposés dans la présente note et conformément au paragraphe 10 de la note du Président sur les exceptions [DAFFE/MAI(98)5].

8. On trouvera ci-joint un projet d'annexe de l'AMI illustrant une solution possible; la démarche retenue à cet effet combine à la fois la méthode de l'exception générale et la méthode de l'exception spécifique des pays. Les pays pourraient formuler des exceptions spécifiques larges visant à protéger les aborigènes ou d'autres minorités. Ces exceptions resteraient soumises aux obligations de réexamen, de notification et de transparence et seraient prises en compte pour évaluer l'équilibre des engagements. Les dispositions en matière de protection de l'investisseur s'appliqueraient ; le projet d'article 2 concernant les mesures futures, qui figure à l'article 2 de l'annexe ci-après, s'inspire de l'article 1108(4) de l'ALENA.

TEXTE ILLUSTRATIF D'UNE ANNEXE POUR LES PREFERENCES EN FAVEUR DES POPULATIONS ABORIGENES OU DES MINORITES

Article 1

Les parties peuvent mentionner à l'annexe de l'accord des exceptions aux obligations concernant le traitement national, le régime NPF, les obligations de résultat ainsi que les dirigeants de sociétés et les conseils d'administration pour les mesures qu'ils souhaitent adopter ou maintenir en vue de protéger des populations aborigènes ou des minorités défavorisées.

Article 2

Aucune partie ne pourra, en vertu d'une quelconque mesure adoptée après l'entrée en vigueur du présent accord, et couverte par sa liste de l'annexe conformément à l'article 1, obliger un investisseur d'une autre partie, en raison de sa nationalité, à vendre ou à aliéner d'une autre façon un investissement existant au moment où la mesure entre en vigueur.