



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

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

**PROJET D'ARTICLE SUR LES MONOPOLES ET LES ENTREPRISES D'ETAT**

**(Note du Président)**

## PROJET D'ARTICLE SUR LES MONOPOLES ET LES ENTREPRISES D'ETAT

### (Note du Président)

#### I. Projet d'article A : monopoles

[1. Aucune disposition du présent accord ne peut être interprété comme empêchant une partie contractante de maintenir, de désigner ou de supprimer un monopole.]

2. Chaque partie contractante accorde [s'efforce d'accorder] un traitement non discriminatoire lorsqu'elle désigne un monopole.

3. Chaque partie contractante veille à ce que [tout monopole [qu'elle] [que son gouvernement national] maintient ou désigne] ou [tout monopole à capitaux privés qu'elle désigne et tout monopole public qu'elle maintient ou désigne] :

[a) agisse d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les obligations de la partie contractante en vertu du présent accord lorsqu'un tel monopole exerce des pouvoirs réglementaires ou administratifs ou d'autres pouvoirs gouvernementaux qu'elle lui a délégués en liaison avec le bien ou le service faisant l'objet du monopole ;]

b) assure un traitement non discriminatoire aux investisseurs d'une autre partie contractante et à leurs investissements pour la vente, sur le marché concerné, du bien ou service faisant l'objet du monopole ;

c) assure un traitement non discriminatoire aux investisseurs d'une autre partie contractante et à leurs investissements pour l'achat, sur le marché concerné, du bien ou service faisant l'objet du monopole. Le présent alinéa ne s'applique pas aux achats de biens ou de services effectués par des organismes publics à des fins publiques et non en vue d'une revente commerciale ou en vue de l'utilisation dans la production de biens ou de services destinés à une vente commerciale ;]

d) n'utilise pas sa situation de monopole pour se livrer [, sur un marché non monopolisé de son territoire,] directement ou indirectement, notamment à la faveur des relations avec sa société mère, une filiale ou une autre entreprise à participation croisée, à des pratiques anticoncurrentielles pouvant nuire à l'investissement d'un investisseur d'une autre partie contractante, notamment par la fourniture discriminatoire du bien ou service faisant l'objet du monopole, par des subventions croisées ou par un comportement d'éviction [, en particulier une utilisation abusive des prix].

[4. Lorsqu'une démonopolisation a pour effet d'étendre les obligations découlant du présent accord à un nouveau secteur, le principe du statu quo ne s'oppose pas à ce qu'une partie contractante formule une réserve à l'accord pour ce nouveau secteur.]

[5. Chaque partie contractante notifie au Groupe des parties tout monopole existant dans les 60 jours à compter de l'entrée en vigueur de l'accord et tout nouveau monopole dans les 60 jours à compter de sa création.]

[6. L'arbitrage entre l'investisseur et l'Etat n'est pas ouvert aux investisseurs d'une autre partie contractante ou à leurs investissements pour toute question découlant du paragraphe 3 b) ou c) du présent article.]

## **II. Projet d'article B : entreprises d'Etat**

1. Chaque partie contractante veille à ce que toute entreprise d'Etat qu'elle maintient ou établit agisse d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les obligations de la partie contractante en vertu du présent accord lorsque cette entreprise exerce des pouvoirs réglementaires ou administratifs ou d'autres pouvoirs gouvernementaux que la partie contractante lui a délégués.

2. Chaque partie contractante veille à ce que toute entreprise d'Etat qu'elle maintient ou établit accorde aux investisseurs d'une autre partie contractante et à leurs investissements un traitement non discriminatoire pour la vente, sur le territoire de la partie contractante, de ses biens ou services.

3. L'arbitrage entre l'investisseur et l'Etat n'est pas ouvert aux investisseurs d'une autre partie contractante ou à leurs investissements pour toute question découlant du paragraphe 2 du présent article.]

## **III. Définitions concernant les monopoles [et les entreprises d'Etat]**

1. On entend par "délégation" une concession législative et une décision ou directive gouvernementales ou tout autre acte gouvernemental transférant des prérogatives publiques au monopole ou à l'entreprise d'Etat ou les autorisant à exercer de telles prérogatives.

[2. "Désigner" signifie établir, désigner ou autoriser un monopole, ou élargir le champ d'un monopole de façon à y assujettir un bien ou service supplémentaire, après l'entrée en vigueur du présent accord.

3. ["Monopole" signifie une entité, notamment un consortium ou un organisme gouvernemental, qui est désignée sur un marché concerné du territoire d'une partie contractante comme le seul fournisseur ou le seul acheteur d'un produit ou d'un service, mais ne comprend pas une entité à qui a été octroyé un droit de propriété intellectuelle exclusif du seul fait de cet octroi] ou ["Monopole" signifie toute personne, publique ou privée, désignée par une autorité publique nationale [ou locale] comme le seul fournisseur ou acheteur d'un bien ou d'un service sur un marché déterminé du territoire d'une partie contractante.]

[4. On entend par "marché concerné"] le marché géographique et commercial d'un bien ou d'un service.]

5. On entend par "traitement non discriminatoire" le traitement national ou le traitement de la nation la plus favorisée, selon le plus favorable des deux, comme il est précisé dans les dispositions pertinentes du présent accord.

[6. "Entreprise d'Etat" signifie, [sous réserve de l'annexe ...], une entreprise détenue, ou contrôlée au moyen d'une participation au capital, par une partie contractante.]

## COMMENTAIRE

### I. Monopoles

#### Généralités

1. Le Groupe d'experts a décidé de fusionner les propositions de deux délégations [DAFFE/EG3/MAI/RD(96)5 et DAFPE/EG3/MAI/RD(96)6]. Les commentaires ci-après résument les points de vue exprimés au sujet des différents éléments de ces contributions.

#### Paragraphe 1

2. **Il y a accord sur le fait que le droit des gouvernements de créer, d'autoriser ou de maintenir des monopoles ne saurait être remis en cause dans le cadre de l'AMI. Mais il n'y a pas accord sur la nécessité d'une disposition expresse de l'AMI à ce sujet.** Plusieurs délégations se sont montrées favorables au texte confirmant le droit des gouvernements de désigner de nouveaux monopoles, bien qu'on puisse également le faire au moyen d'une note interprétative. **Une délégation a estimé que, sans une disposition à cet effet, le champ d'application de l'AMI dans ce domaine ne serait pas clairement déterminé.** Toutefois, plusieurs délégations ne sont toujours pas convaincues de la nécessité de faire expressément état de ce droit dans l'accord. Une délégation a noté que les prérogatives des pouvoirs publics concernant les monopoles valent également pour l'élimination des monopoles ; en faisant figurer à la fin de la phrase le verbe "supprimer" on obtiendra un texte plus clair et plus équilibré. Certaines délégations ont attiré l'attention sur les liens entre la désignation de nouveaux monopoles et l'article de l'AMI relatif à l'expropriation et à l'indemnisation [section IV de DAFPE/MAI(96)6/REV1]. Une délégation a souligné que le paragraphe 1 serait d'autant plus nécessaire si l'AMI comportait des disciplines pour l'accès au marché.

#### Paragraphe 2

3. **Dans leur grande majorité, les délégations ont estimé** que les obligations de traitement national et de régime NPF devaient s'appliquer à la désignation de nouveaux monopoles. Plusieurs délégations ont souligné qu'il était difficile d'appliquer ces obligations à toutes les situations qui pouvaient se produire à l'avenir, notamment dans le contexte de l'introduction de nouvelles technologies ; c'est pourquoi une disposition de "meilleurs efforts" serait plus adéquate. Les délégations ont aussi noté les liens avec la question de la démonopolisation et, en particulier, avec la question de la formulation de réserves par pays ou d'exceptions (voir le paragraphe 8 ci-après).

#### Paragraphe 3

4. Dans leur grande majorité, les délégations ont considéré que les dispositions de l'article concernant les monopoles devaient s'appliquer aux monopoles désignés par les pouvoirs publics à tous les niveaux d'administration, sans se limiter aux monopoles désignés par l'administration centrale. Une délégation a proposé que, dans le cas des monopoles à capitaux privés, les obligations ne s'appliquent qu'aux monopoles créés après l'entrée en vigueur de l'AMI. Cette délégation a fait valoir qu'il serait difficile d'appliquer rétroactivement les obligations de l'AMI aux monopoles privés existants, alors qu'on ne rencontrerait pas ces difficultés pratiques dans le cas des monopoles publics existants.

5. Plusieurs délégations ont jugé qu'il était souhaitable de confirmer à *l'alinéa a)* l'application des obligations de l'AMI, notamment les obligations de traitement national et de régime NPF, en cas de délégation de pouvoirs réglementaires. Certaines délégations ont estimé que ce problème pouvait être réglé dans le cadre d'une clause générale anti-contournement couvrant toutes les dispositions de l'AMI. **Une délégation s'est demandé si les termes "d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les obligations de la partie contractante" étaient suffisamment précis pour éviter des interprétations divergentes.** Pour quelques délégations, une disposition anti-contournement n'est pas du tout nécessaire dans l'accord.

6. Un accord général s'est dégagé en faveur d'une obligation s'inspirant de *l'alinéa b)*, exigeant des monopoles désignés par les pouvoirs publics un traitement non discriminatoire pour la *vente* de biens ou services faisant l'objet du monopole. Cette obligation ne s'appliquerait pas toutefois à la vente de biens ou de services pour lesquels les monopoles publics se trouvent en concurrence avec des opérateurs privés.

7. En ce qui concerne les *achats* de biens et de services faisant l'objet d'un monopole visés à *l'alinéa c)*, le fait qu'il est souhaitable d'exclure les opérations de passation de marchés publics régies par l'accord du GATT sur les marchés publics n'a pas été contesté, mais il reste à savoir quelles seraient les pratiques en matière de marchés publics qui resteraient régies par l'AMI du fait de cette exclusion. L'exemple le plus net à cet égard est celui des offices de commercialisation dotés de pouvoirs de monopsonne pour certains produits. On a également noté que l'accord du GATT sur les marchés publics s'applique aux achats des organismes publics opérant en régime de monopsonne, mais pas à ceux des monopoles à capitaux privés désignés par les pouvoirs publics. Il faudra examiner de plus près cette question. Une délégation a signalé qu'un problème d'"opportunisme" pouvait se poser vu la nature plurilatérale de l'accord du GATT sur les marchés publics. Une délégation a proposé d'employer le terme "monopsonne" lorsqu'on vise l'achat d'un "bien ou service faisant l'objet d'un monopole". Certaines délégations ont estimé qu'il s'agissait d'une intrusion de l'AMI dans le domaine de la politique de la concurrence, qui soulevait des difficultés.

8. En ce qui concerne *l'alinéa d)*, les délégations ont reconnu que les monopoles sont susceptibles d'introduire des distorsions sur le marché, surtout en subventionnant leurs activités du secteur concurrentiel. Les délégations ont également admis que l'abus de position dominante relevait de la politique de la concurrence. Bien que certaines délégations aient émis des réserves quant au traitement de ce problème dans l'AMI, il a été convenu d'examiner de plus près cette disposition à la prochaine réunion du Groupe d'experts. Il faudra également s'attacher à la signification des termes "une utilisation abusive des prix".

#### **Paragraphe 4**

9. **Les opérations de démonopolisation favorisent généralement la libéralisation, puisqu'elles ouvrent de nouvelles activités d'investissement. Mais une opération de démonopolisation aurait pour effet d'étendre les obligations de l'AMI à un nouveau secteur. C'est pourquoi plusieurs délégations estiment que l'AMI devrait ménager aux parties contractantes la possibilité de formuler de nouvelles réserves ou exceptions en cas de démonopolisation. Cela n'irait pas à l'encontre du statu quo, puisque les réserves ou exceptions par pays introduites au moment de la démonopolisation seraient en principe soumises au statu quo. En conséquence, ces délégations sont favorables au régime souple prévu au paragraphe 4. Une autre solution consisterait à autoriser des réserves ou exceptions de précaution formulées au moment de l'entrée en vigueur de l'accord, mais le Groupe de négociation n'est pas favorable à cette solution. Manifestement, ce problème se situe dans le cadre plus large de la libéralisation et de l'équilibre des engagements.**

10. **D'autres** délégations ont estimé qu'il ne fallait permettre la formulation de réserves ou d'exceptions par pays qu'au moment où la partie contractante adhère à l'AMI. En l'absence de réserves ou d'exceptions à cet effet, les obligations de traitement national et de régime NPF s'appliqueraient aux opérations de démonopolisation. Pour une délégation, il serait possible d'éviter les obligations de l'AMI si l'on permettait à la fois de désigner de nouveaux monopoles et de couvrir par des réserves ou des exceptions les nouvelles mesures non conformes.

#### **Paragraphe 5**

11. De l'avis de certaines délégations, l'opportunité de prévoir une obligation de notification pour les monopoles existants et les nouveaux monopoles se rattache étroitement à la question des réserves ou des exceptions par pays et de la présence d'un article de l'AMI concernant l'accès au marché. Une délégation s'est interrogée sur l'usage que le Groupe des parties pourrait faire de ces informations et a exprimé la crainte qu'il n'en résulte une lourde charge administrative. Selon une délégation, une solution plus facilement acceptable serait une disposition de "meilleurs efforts" prévoyant que chaque partie contractante, *lorsque cela sera possible*, donnera préalablement notification de la désignation d'un monopole, solution adoptée à l'article 1502 a) de l'ALENA. Une autre délégation a rappelé la proposition qui a été faite dans le cadre de la négociation du traité supplémentaire du traité de la Charte de l'énergie, et qui consiste, dans le cas des monopoles désignés par les pouvoirs publics à l'échelon infranational, à prévoir une obligation de notification par catégorie de monopoles et non pour chaque monopole.

#### **Paragraphe 6**

12. Quelques délégations ont proposé de ne pas soumettre à l'arbitrage entre l'investisseur et l'Etat les questions découlant des paragraphes 3b) ou c) de cet article. Selon d'autres délégations, il s'agirait d'un dangereux précédent pour les obligations de l'AMI. Une délégation a fait valoir que les gouvernements devaient rester maîtres de la procédure de règlement des différends, parce que les différends pouvant surgir entre les monopoles désignés par les pouvoirs publics et les investisseurs étrangers seront probablement davantage fonction de la manière dont ces monopoles sont réglementés que de leur propre comportement.

## **II. Entreprises d'Etat**

13. Plusieurs délégations ont considéré que des dispositions particulières concernant les entreprises d'Etat n'étaient pas nécessaires. Le problème des mesures à prendre pour éviter tout contournement des obligations de l'AMI peut être réglé dans le cadre d'un article général à ce sujet (voir le paragraphe 4 ci-dessus) **ou dans le cadre des pratiques des sociétés [voir DAF/MAI/EG3(96)21]**. Les entreprises d'Etat opérant dans le secteur concurrentiel doivent être traitées de la même manière que les entreprises privées. La délégation des Etats-Unis a toutefois estimé qu'il n'est pas toujours certain que les pouvoirs publics puissent se dissocier des activités de leurs entreprises d'Etat. Il est possible, en tout cas, que les investisseurs étrangers nourrissent cette suspicion, surtout lorsque ces entreprises jouent un grand rôle. Il faudrait établir un équilibre entre les droits de ces entreprises au titre de l'AMI en tant qu'investisseur et leurs obligations en tant que fournisseur de biens ou de services à des investisseurs nationaux ou étrangers. **Pour une délégation, la meilleure façon de parvenir à cet équilibre est de soumettre les entreprises d'Etat aux mêmes droits et aux mêmes obligations que les entreprises privées.**

### III. Définitions

14. Le Groupe d'experts a décidé de poursuivre son examen de la définition des "monopoles" à partir des textes proposés par les Etats-Unis et par la France. Une délégation a proposé de mettre entre crochets l'adjectif "local" qui figure dans la proposition française. Un certain nombre de délégations ont estimé que la notion de "monopole" désigné par les pouvoirs publics devait également couvrir la notion de "fournisseur exclusif" comme dans le cas de l'article VIII de l'AGCS. **Une délégation a proposé qu'on examine si les entreprises bénéficiant de concessions spéciales, par exemple les banques, doivent être ou non prises en compte.** On a également noté qu'on pouvait envisager la possibilité de retenir une définition du type de celle de l'article XVII du GATT, en visant une entreprise à laquelle une partie accorde, en droit ou en fait, des privilèges exclusifs ou spéciaux. Enfin, on a rappelé que l'article 22 du TCE couvre aussi bien les "entités contrôlées par l'Etat" que les "entités privilégiées".

15. Les délégations ont considéré que la notion de "marché concerné" était plus adéquate que celle de "marché donné", mais certaines délégations estiment qu'il faudrait examiner de plus près la notion de "marché commercial".

16. Une délégation a suggéré d'insérer les termes "sous réserve de l'annexe...." de façon à permettre, comme dans l'ALENA, de prendre en compte les caractéristiques nationales spécifiques.