



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

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

RAPPORT À L'INTENTION DU GROUPE DE NÉGOCIATION

RAPPORT À L'INTENTION DU GROUPE DE NÉGOCIATION

J'ai le plaisir de présenter le deuxième rapport du Groupe d'experts sur des thèmes spéciaux (ci-joint).

Les travaux ont avancé sur l'ensemble des six thèmes sur lesquels le Groupe avait commandé un rapport en décembre. Un projet de texte a été élaboré dans chaque cas. Toutefois, de nombreux passages entre crochets demeurent et, dans certains cas, les délégations ont des avis divergents sur la question de savoir si le texte doit figurer dans les articles de l'AMI ou dans les notes interprétatives, et dans certains cas, s'il doit tout simplement y avoir rédaction d'un texte. Le texte et les notes de bas de page doivent être lus à la lumière des commentaires joints et des éléments de référence figurant dans le précédent rapport du Groupe [DAFFE/MAI/EG3(96)7].

Le présent rapport comporte des options sur un certain nombre de questions importantes. Ces options correspondent généralement à des choix d'orientation qui nécessitent l'attention du Groupe de négociation. Toutefois, il reste encore à faire un travail technique considérable. Le Groupe d'experts est disposé à poursuivre son travail si le Groupe de négociation le souhaite.

Le Groupe a aussi examiné une note d'une délégation sur la recherche-développement/technologie [DAFFE/MAI/EG3/RD(96)8] et il est convenu de communiquer cette proposition au Groupe de négociation en vue de son éventuel examen lorsque les principales dispositions de l'Accord seront plus clairement définies.

Président

Table des matières

I. Personnel clé	4
II. Obligations de résultat.....	8
III. Privatisation.....	13
IV. Monopoles/Entreprises d'État.....	19
V. Incitations à l'Investissement	23
Commentaires	32
Personnel Clé.....	33
Privatisation.....	35
Monopoles	37
Pratiques des société/Cadres dirigeants et membres du Conseil d'administration.....	41

I. PERSONNEL CLÉ

A. Projet d'article sur l'admission et le séjour temporaires et sur les conditions d'emploi¹

Hormis les dispositions [du paragraphe 5] ci-dessous, aucune disposition du présent article n'empêche l'application des lois nationales des parties contractantes relatives à l'immigration et à la main-d'oeuvre [Ces lois ne peuvent être invoquées par une partie contractante pour échapper à ses obligations au titre du présent article].^{2, 3, 4}

1. Chaque partie contractante autorise l'admission et le séjour temporaires et remet tous les documents confirmatifs nécessaires à cet effet à une personne physique d'une autre partie contractante qui est :

- (a) un investisseur désirant établir, développer ou administrer⁵ [une entreprise] [un investissement] ou fournir des conseils ou des services techniques essentiels quant à l'exploitation [de cette entreprise] [de cet investissement] au titre [de laquelle] [duquel] l'investisseur a engagé, ou est en train d'engager, une somme importante⁶, ou
- [(b) un salarié employé par [une entreprise] [un investissement]⁷ visé[e] à l'alinéa a), en qualité de cadre supérieur, directeur ou spécialiste et qui est essentiel⁸ pour [cette entreprise] [cet investissement]]⁹

ou

¹ Une délégation réserve sa position sur cet article à l'exception du paragraphe 5.

² La clause "chapeau" place les textes législatifs sur l'emploi et l'immigration en dehors du champ de couverture des autres articles de fond de l'Accord. Les options entre crochets du chapeau rendent compte d'une divergence d'opinion sur la question de savoir si les dispositions de cet article doivent prévaloir en cas de conflit avec les droits nationaux de l'immigration et du travail. Il y a trois grandes options : premièrement, l'ensemble de cet article doit prévaloir, hormis le paragraphe 4(b) qui constitue une obligation de "meilleurs efforts" ; dans la deuxième option, seul le paragraphe 5 doit prévaloir. La troisième, qui est une variante de la deuxième, y ajoute une clause "anti-abus" qui figure entre crochets.

³ Une délégation propose de faire référence aux "règlements et mesures" ainsi qu'aux "lois".

⁴ Une délégation propose que le chapeau couvre aussi l'application de conditions générales de rémunération et de travail reposant sur des lois, des règlements et des conventions collectives.

⁵ Ce terme recouvre la liquidation d'un investissement.

⁶ "Une somme importante" constitue un critère relatif qui est respecté si la somme est importante par rapport à la taille de l'investisseur ou sa part dans un investissement, compte tenu du domaine d'activité de l'investisseur et de l'investissement. Certaines délégations s'interrogent sur l'utilisation de ce terme.

⁷ On propose de remplacer "investissement" par "investisseur" dans cet alinéa ainsi que dans l'autre option de paragraphe 1(b).

⁸ Une délégation propose que ce critère de "présence essentielle" ne s'applique qu'aux spécialistes.

⁹ Plusieurs délégations sont favorables à l'intégration dans cet alinéa d'une obligation d'emploi préalable d'un an au moins.

[(b) un salarié [d'une entreprise] [d'un investissement] [d'une autre partie contractante [, pour une période [au moins égale à un an]], dès lors que ce salarié désire :

(i) établir une filiale [de cette entreprise] [de cet investissement] ou une société apparentée [à cette entreprise] [cet investissement] à laquelle [cette entreprise] [cet investissement] a engagé ou est en train d'engager à ce titre une somme importante, ou

(ii) rendre des services à une filiale de [cette entreprise] [cet investissement] ou à une société apparentée à [cette entreprise] [cet investissement]¹,

si ce salarié est employé en qualité de cadre supérieur, de directeur ou de spécialiste [et est essentiel pour l'investissement actuel].]

[2. Pour avoir droit à l'admission et au séjour temporaires en vertu des alinéas a) ou b), une personne physique doit satisfaire aux mesures applicables en matière de santé publique, de sécurité publique², de droit pénal et de sûreté nationale.]³

3. L'admission et le séjour temporaires sont autorisés à une personne [pour une période ne dépassant pas 2-3 ans] dès lors que cette personne continue de remplir les conditions du présent article.⁴

4. (a) Chaque partie contractante autorise l'admission et le séjour temporaires et remet tous les documents confirmatifs nécessaires à cet effet au conjoint et aux enfants mineurs d'une personne dont l'admission et le séjour temporaires ont été autorisés conformément aux conditions prévues par le présent article. Le conjoint et les enfants mineurs sont admis [sous ces conditions] et pour la même durée⁵ que cette personne.

[(b) Chaque partie contractante s'efforcera d'accorder l'autorisation de travailler au conjoint d'une personne dont l'admission et le séjour temporaires ont été autorisés aux termes du présent article.⁶

¹ De l'avis d'une délégation, cela ne couvre pas les ventes directes ou les services rendus à des entreprises non apparentées.

² Deux délégations proposent de remplacer "sécurité publique" par "ordre public".

³ Une proposition vise à supprimer le paragraphe 2 étant entendu que l'article serait régi par la clause "chapeau" et que les dispositions de l'Accord en matière d'exceptions générales s'appliqueraient également. Une délégation considère que le chapeau et le paragraphe 2 ont des fonctions certes complémentaires, mais distinctes.

⁴ Il est entendu que les autorités nationales peuvent périodiquement vérifier que ces conditions continuent d'être remplies.

⁵ Une délégation propose de remplacer "pour la même durée" par "pour une période n'étant pas plus longue que le séjour de cette personne".

⁶ Certaines délégations préfèrent que cet engagement constitue une obligation contraignante. D'autres n'acceptent aucune disposition de ce type dans l'AMI.

5. Aucune partie contractante ne peut :

- (a) subordonner l'admission et le séjour temporaires conformément au présent article, à des critères ou procédures de marché du travail ou de besoins économiques¹ ; ou
- (b) imposer ou maintenir des restrictions numériques concernant l'admission et le séjour temporaires aux termes du présent article.²

6. Aux fins des paragraphes qui précèdent :

[On entend par **“personne physique d'une autre partie contractante”** une personne physique qui a la nationalité [ou est résidente permanente] d'une autre partie contractante en conformité avec sa loi applicable ;]

[Les termes **“entreprise d'une autre partie contractante”** signifient une personne morale ou toute autre entité constituée ou organisée selon la loi applicable d'une autre partie contractante, à but lucratif ou non lucratif, privée ou détenue par une autorité publique, et comprennent une société de capitaux, une fiducie, une société de personnes, une entreprise individuelle, une coentreprise, une association ou une organisation et une succursale d'une entreprise ;]

On entend par **“cadre supérieur”** une personne physique qui dirige principalement la gestion [d'une entreprise] [d'un investissement] ou fixe les objectifs et les politiques de l'entreprise ou d'une composante ou d'une fonction importantes de l'entreprise, dispose d'une large latitude décisionnelle et n'est soumis qu'à une supervision générale ou à des instructions générales de la part de cadres supérieurs de niveau plus élevé, du conseil d'administration ou des actionnaires de l'entreprise ;

On entend par **“directeur”** une personne physique qui dirige la gestion d'une entreprise ou d'un département ou d'une subdivision de celle-ci, supervise et contrôle le travail de salariés chargés de fonctions d'encadrement, de fonctions professionnelles ou de fonctions de gestion, a le pouvoir de recruter et de licencier ou de recommander le recrutement ou le licenciement ou d'autres mesures concernant le personnel et exerce un pouvoir discrétionnaire pour les activités au jour le jour à un niveau élevé ;

On entend par **“spécialiste”** une personne physique [qui a une grande expertise de certains domaines et détient un savoir exclusif en ce qui concerne les produits, les services, les équipements de recherche, les techniques ou la gestion de l'entreprise.]

¹ Une délégation réserve sa position sur le paragraphe 5(a).

² En ce qui concerne le paragraphe 5 (a) et (b), certaines délégations expliquent que pour des raisons politiques, leurs pays souhaiteraient maintenir des critères de besoins économiques et des restrictions numériques. Ces pays devraient donc inscrire une réserve si l'AMI devait comporter une obligation juridiquement contraignante de ne pas imposer des critères de marché du travail ou de besoins économiques, ou encore de restrictions numériques. Une solution de rechange est proposée qui consisterait à permettre à ces pays de maintenir des critères de marché du travail ou des restrictions numériques tant qu'elles ne servent pas à refuser l'accès et le séjour temporaires à des investisseurs d'une partie contractante de l'AMI ou à leur personnel clé. Cette option pourrait être formulée de la façon suivante :

“Aucune partie contractante ne peut refuser l'accès et le séjour temporaires aux termes du présent Article pour des raisons liées à des critères de marché du travail ou de besoins économiques, ou encore à des restrictions numériques inscrites dans leur législation nationale.”

B. Projet d'article sur les obligations en matière d'emploi

[Toute partie contractante autorise les investisseurs d'une autre partie contractante et leurs investissements à employer toute personne physique choisie par l'investisseur ou l'investissement quelles que soient la nationalité ou la citoyenneté de cette personne, dès lors qu'elle est titulaire d'un permis valable de séjour et de travail délivré par les autorités compétentes de l'autre partie contractante [et que l'emploi concerné est conforme aux conditions et délais prévus dans l'autorisation qui lui a été accordée.] (Disposition s'inspirant du TCE, article 11 (2))

[Aucune partie contractante ne peut appliquer des quotas nationaux d'emploi pour l'emploi d'une personne physique par un investisseur ou un investissement d'une autre partie contractante dès lors que cette personne est titulaire d'un permis valable de séjour et de travail délivré par les autorités compétentes de l'autre partie contractante.]

II. OBLIGATIONS DE RESULTAT

Projet d'article^{1, 2}

Paragraphe 1

Aucune des parties contractantes ne peut imposer, appliquer ou maintenir l'une quelconque des obligations suivantes, ou exécuter un quelconque engagement, en ce qui concerne l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, la direction ou l'exploitation d'un investissement effectué sur son territoire³ par un investisseur d'une partie contractante ou d'une partie non contractante :

- a) exporter un niveau donné ou un pourcentage donné de biens ou services⁴ ;
- b) atteindre un niveau donné ou un pourcentage donné de contenu national ;
- c) acheter, utiliser ou privilégier des biens produits [ou des services fournis] sur son territoire, ou acheter des biens [ou services] à des personnes situées sur son territoire ;
- d) lier de quelque façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou aux rentrées de devises résultant de cet investissement ;
- e) restreindre sur son territoire la vente des biens ou services que cet investissement permet de produire ou de fournir, en liant de quelque façon cette vente au volume ou à la valeur des exportations ou aux rentrées de devises résultant de cet investissement ;
- f) [transférer une technologie, un procédé de fabrication ou un autre savoir-faire exclusif à une personne physique ou morale située sur son territoire] [sauf lorsque l'obligation est imposée ou l'engagement est exécuté par une juridiction judiciaire ou administrative ou par une autorité compétente en matière de concurrence pour corriger une prétendue violation des lois sur la concurrence ou agir d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les autres dispositions du présent accord]⁵ ;

¹ Les préoccupations particulières de certaines délégations vis-à-vis de cet article pourraient donner lieu à des réserves spécifiques à ces pays.

² Une délégation réserve sa position sur tous les engagements relatifs aux obligations de résultat dans le cadre de l'AMI qui iraient au-delà des engagements au titre de l'Accord sur les MIC et de la Charte de l'énergie. Une autre délégation exprime ses craintes concernant l'application rétroactive de cet article à des obligations de résultat convenues dans le cadre des opérations de privatisation.

³ Il reste à déterminer la place exacte de ce terme dans les dispositions concernant le traitement national et le régime de la nation la plus favorisée [voir DAF/MAI(96)16/REV1].

⁴ Une délégation réserve sa position en ce qui concerne l'alinéa (a). Une autre délégation réserve sa position en ce qui concerne la mention des services aux alinéas (a), (c) et (e) en attendant la clarification de ses implications. Elle entend aussi maintenir une réserve d'examen sur le sens que recouvre le terme "acheter" dans l'alinéa (c).

⁵ Une délégation réserve sa position en ce qui concerne la première partie de l'alinéa (f). Deux autres délégations sont préoccupées par l'ampleur de la dérogation qu'implique le texte figurant entre crochets. Une troisième délégation ne peut accepter l'alinéa (f) que s'il est dans sa forme complète. Les délégations favorables au texte dans son intégralité ont expliqué que, comme dans l'Accord de l'OMC sur les ADPIC et

- g) localiser son siège, pour une région déterminée ou pour le marché mondial, sur le territoire d'une partie contractante¹ ;
- h) desservir exclusivement à partir du territoire d'une partie contractante une région déterminée ou le marché mondial pour un ou plusieurs des biens produits ou des services fournis ;]
- [i) atteindre un niveau donné ou une valeur donnée de production, d'investissement, de fabrication, [de ventes]², d'emploi ou de recherche-développement sur son territoire]³ ;
- [j) recruter un niveau donné ou un type donné de personnel local] ;
- k) établir une coentreprise⁴ ; ou
- [(l) atteindre un niveau minimum de participation locale au capital⁵.]

l'ALENA, l'objet de cette exception relative à l'application du droit de la concurrence qui figure entre crochets est d'affirmer clairement que l'administration normale du droit de la concurrence impose parfois l'octroi de licences limitées (ou la cession) de brevets ou de "savoir-faire" pour remédier à des situations de monopole ou d'abus et que de telles applications ponctuelles de la loi ne constituent pas une obligation de transfert de technologie. Cette exception ne devrait pas être invoquée fréquemment. Les délégations doivent de nouveau consulter leurs autorités de la concurrence sur la question afin de déterminer sa pertinence vis-à-vis de leur propre dispositif législatif "antitrust". D'autres délégations estiment qu'il convient d'étudier de plus près les moyens d'assurer la cohérence avec les dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle d'accords internationaux existants (OMPI, ADPIC, ...) dans la mesure où ils peuvent permettre l'imposition de certaines obligations de résultat dans certaines conditions.

¹ Une délégation réserve sa position en ce qui concerne l'alinéa (g).

² Certaines délégations considèrent que les obligations de résultat devraient pouvoir s'appliquer lorsqu'il s'agit de ventes minimales sur le marché national, par exemple en cas de pénurie nationale de pétrole. D'autres délégations estiment qu'il ne faut pas mentionner ces obligations parce qu'elles risquent de porter atteinte au droit, pour les parties contractantes, d'interdire les exportations dans des circonstances appropriées.

³ Plusieurs délégations considèrent que la formulation de cet alinéa est trop générale et proposent sa suppression. En outre, ses principaux aspects sont déjà couverts par les alinéas (a) à (h). Une délégation propose la suppression des termes "investissement" et "emploi" tandis qu'une autre délégation propose la suppression du mot "emploi". Une troisième délégation propose que les obligations de résultat énumérées dans l'alinéa (l) soient réexaminées avant de prendre une décision quant à leur suppression.

⁴ Quelques délégations préfèrent supprimer cet alinéa et s'appuyer plutôt sur les dispositions du Traitement national et du régime NPF, en les complétant éventuellement par une note explicative. Une autre approche consisterait à élaborer une disposition distincte sur les types spécifiques de personnes morales dans le même esprit que l'article XVI de l'AGCS sur l'accès au marché.

⁵ Plusieurs délégations préfèrent supprimer cet alinéa et s'appuyer plutôt sur les dispositions du Traitement national et du régime NPF.

Paragraphe 2

[Une mesure exigeant pour un investissement l'utilisation d'une technologie pour satisfaire à des prescriptions d'application générale en matière de santé, de sécurité ou de protection de l'environnement ne pourra être considérée comme incompatible avec le paragraphe 1 (f).¹ Pour plus de certitude, les articles XXX sur le traitement national et le régime de la nation la plus favorisée s'appliquent à cette mesure.]²

Paragraphe 3³

Option 1

Aucune partie contractante ne peut subordonner le bénéfice d'un avantage ou son maintien, en liaison avec un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une partie contractante ou d'une partie non contractante, au respect de l'une quelconque des obligations suivantes⁴ :

- (a) exporter un niveau donné ou un pourcentage donné de biens ou de services]⁵ ;
- b) atteindre un niveau donné ou un pourcentage donné de contenu national ;
- c) acheter, utiliser ou privilégier des biens et des services⁶ produits sur son territoire ;
- d) lier de quelque façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou aux rentrées de devises résultant de cet investissement ;

¹ De nombreuses délégations considèrent que cette disposition est inutile. Aucune ne met en doute la nécessité pour l'AMI de permettre aux parties contractantes de prendre des mesures non discriminatoires nécessaires au respect d'impératifs de santé, de sécurité et d'environnement. Toutefois, certaines délégations doutent que de telles mesures aillent à l'encontre de l'interdiction d'obligations de résultat concernant le transfert de technologie. Elles indiquent en outre que de telles mesures pourraient être mieux abordées dans une note explicative au paragraphe 1, au paragraphe 5 du présent article ou dans la disposition de l'Accord relative aux exceptions de caractère général.

² Plusieurs délégations pensent que cette phrase n'est peut-être pas nécessaire ou pourrait figurer dans une disposition plus générale traitant de la relation entre Traitement national/NPF et d'autres dispositions de l'Accord.

³ Les textes des autres options pour ce paragraphe se présentent différemment. Cela n'implique pas pour autant de différences quant au fond.

⁴ Une délégation a proposé une présentation simplifiée du paragraphe 3 formulé ainsi : "...au respect de l'une quelconque des obligations énumérées au paragraphe 1 (a) - (e)." Toutefois, cette approche ne pourrait être retenue que si l'on reprend la même formulation des alinéas dans les paragraphes 1 et 3. Une autre délégation propose que la liste des obligations soit donnée, de façon non close, à titre d'illustration.

⁵ Plusieurs délégations souhaitent que l'on réexamine l'inclusion des services dans le paragraphe 3. L'une des craintes exprimées portait sur le traitement des mesures fiscales relatives aux services.

⁶ Il reste à déterminer comment cette disposition exclurait les services ayant fait l'objet d'un marché. Une question connexe consiste à savoir s'il faut y inclure, comme dans l'alinéa 1(c), les achats à des "personnes situées sur son territoire".

- e) restreindre sur son territoire la vente des biens ou services que cet investissement permet de produire ou de fournir, en liant de quelque façon cette vente au volume ou à la valeur des exportations ou aux rentrées de devises résultant de cet investissement ; ou

[f) autres éléments à définir¹.]

Le paragraphe 1 n'est pas applicable lorsqu'une partie contractante subordonne le bénéfice d'un avantage ou son maintien au respect d'obligations autres que celles indiquées ci-dessus.

Option 2

Le paragraphe 1² (f) (g) (h) (i) (j) (k) et (l) ne s'applique pas si les obligations décrites dans une ou plusieurs de ces dispositions subordonnent à certaines conditions le bénéfice d'un avantage ou son maintien en liaison avec l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, l'exploitation ou la direction d'un investissement d'un investisseur (d'une partie contractante ou d'une partie non contractante sur son territoire), [en particulier si les obligations et l'avantage font l'objet d'une obligation contractuelle entre l'investisseur ou l'investissement, d'une part, et l'État d'accueil ou ses entités infranationales de l'autre].

[Paragraphe 4

Aucune disposition du paragraphe 3 ne peut être interprétée comme empêchant une partie contractante de subordonner le bénéfice d'un avantage ou son maintien, en liaison avec un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une partie contractante ou d'une partie non contractante, au respect d'une obligation de localiser une production sur son territoire ou d'y fournir un service, d'y former ou d'y employer des travailleurs, d'y construire ou d'y développer certaines installations ou d'y exécuter des activités de recherche-développement.]

[Paragraphe 5

A condition que ces mesures ne soient pas appliquées de façon arbitraire ou injustifiable ou ne constituent pas une restriction déguisée aux échanges ou aux investissements internationaux, aucune disposition du paragraphe 1 (b) ou (c) ou du paragraphe 3 (a) ou (b) ne peut être interprétée comme empêchant une partie contractante d'adopter ou de maintenir des mesures, notamment environnementales :

- a) nécessaires pour assurer le respect de lois et réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord ;
- b) nécessaires pour la protection de la vie ou de la santé humaine ou animale, ou pour la protection des végétaux ; ou
- c) nécessaires pour la conservation de ressources naturelles épuisables, biologiques ou autres.]

¹ Une délégation propose l'ajout des obligations de formation de coentreprises et de participation locale au capital.

² La Hongrie réserve sa position en ce qui concerne l'inclusion de l'alinéa (a).

[Paragraphe 6¹

Les dispositions des :

- a) paragraphes (1)(a), (b) et (c) et (3)[(a)], (b) et (c) ne s'appliquent pas aux obligations d'éligibilité pour les biens ou services au titre des programmes de promotion des exportations ou d'aide à l'étranger.
- b) paragraphes (1)(b), (c), (f) et (i), et 3(b) et (c) ne s'appliquent pas aux achats publics d'une partie contractante ou d'une entreprise d'État ; et
- (c) paragraphes (3)(b) et (c) ne s'appliquent pas aux obligations imposées par une partie contractante importatrice au contenu des biens nécessaire pour ouvrir droit à des droits de douane ou des contingents préférentiels.]
- [(d)paragraphe (1)(i) ne s'appliquent pas aux obligations imposées par une partie contractante dans le cadre d'opérations de privatisation.]

¹ Proposition d'une délégation, soutenue par une autre délégation, pour le paragraphe 6 (a) - (c). Proposition d'une troisième délégation pour l'alinéa (d).

III. PRIVATISATION

Projet de dispositions¹

Paragraphe 1 (Traitement national et régime de la nation la plus favorisée)²

Option 1

[Chaque partie contractante accorde le traitement défini au paragraphe XX (traitement national/régime de la nation la plus favorisée) en cas de privatisation, tant en ce qui concerne la privatisation initiale³ qu'en ce qui concerne les transactions [ultérieures] [relatives à un actif privatisé] [(les ventes secondaires)] entre des investisseurs ou des investissements.]⁴.

Option 2

[L'obligation d'accorder le traitement national et le régime NPF s'applique à tous les aspects de la privatisation d'une entreprise sous contrôle de l'État, indépendamment de la méthode de privatisation (que ce soit sur offre publique, par vente directe ou par d'autres méthodes) ou du calendrier d'une vente particulière (privatisation initiale ou cession ultérieure).]⁵

¹ Deux délégations réservent leur position sur l'ensemble des obligations en matière de privatisations.

² Certaines délégations proposent, à titre de solution de rechange, d'adopter ce texte sous forme de "note interprétative". Une délégation ne voit pas l'intérêt de réaffirmer l'application aux privatisations des obligations de traitement national ou du régime NPF.

³ Plusieurs délégations émettent une réserve sur l'inclusion d'obligations sur les privatisations initiales. Deux délégations proposent l'exclusion du système des coupons.

⁴ Deux délégations déclarent que les obligations relatives aux transactions ultérieures ne doivent pas s'immiscer dans les prérogatives commerciales normales des entreprises privatisées. Partageant ce point de vue, une délégation propose de diviser le paragraphe ¹ en deux parties de la façon suivante :

“a) Chaque partie contractante accorde le traitement défini au paragraphe XX (traitement national/régime de la nation la plus favorisée) en cas de privatisation.

b) Chaque partie contractante n'imposera pas d'obligation ou de condition incompatible avec le paragraphe XX (traitement national/régime de la nation la plus favorisée) en ce qui concerne les transactions ultérieures portant sur un actif privatisé.”

⁵ Proposition d'une délégation.

Paragraphe 2 (Droit de privatiser)

[Aucune disposition du présent accord [ne porte atteinte aux réglementations des parties contractantes régissant le régime de propriété ni]¹ n'impose aux parties contractantes l'obligation de privatiser certains biens.]

Paragraphe 3 (régimes spéciaux d'actionnariat)²

Option 1

a. Les parties contractantes reconnaissent que [les méthodes de privatisation et]³ les règles spéciales concernant la propriété, [la gestion]⁴, ou le contrôle de biens privatisés comme :

-- le maintien, par une partie contractante ou par une personne désignée par elle, de droits spéciaux d'actionnaire permettant d'influer sur toute décision relative à ces biens postérieurement à la privatisation ou de faire opposition à une telle décision, ou

-- les modalités en vertu desquelles les dirigeants ou autres salariés d'une entreprise bénéficient d'un traitement spécial pour l'acquisition d'actions de cette entreprise,

[-- les modalités en vertu desquelles les actionnaires sont tenus de conserver leur participation au capital de l'entreprise durant un certain temps, ou de garantir la réalisation ou le maintien d'un investissement, d'une fabrication, d'une production ou d'un emploi d'un certain niveau ou d'une certaine valeur, dans l'entreprise,]⁵

[-- une partie contractante est libre de choisir les catégories d'acheteurs lors d'un processus de privatisation]⁶

[-- les modalités en vertu desquelles les résidents d'une certaine collectivité se voient accorder un traitement spécial en ce qui concerne l'acquisition des biens de cette collectivité,]⁷

[sont conformes au paragraphe 1, à moins que [dans des circonstances analogues]⁸ elles ne privilégient explicitement ou délibérément les investisseurs nationaux ou qu'elles ne traitent de façon discriminatoire les investisseurs étrangers en raison de leur nationalité [ou de leur résidence]].⁹

¹ La plupart des délégations préconisent la suppression du texte entre crochets. Deux délégations émettent une réserve sur cette proposition.

² Trois délégations sont favorables à la suppression du paragraphe 3.

³ Proposition d'une délégation.

⁴ Proposition d'une délégation.

⁵ Proposition d'une délégation.

⁶ Proposition d'une délégation.

⁷ Proposition d'une délégation.

⁸ Ajout proposé par une délégation.

⁹ Combinaison de propositions de trois délégations.

b. [Les modalités en vertu desquelles les personnes physiques d'une partie contractante se voient accorder des droits exclusifs vis-à-vis de la privatisation initiale sont acceptables en tant que méthodes de privatisation aux termes de cet Accord, à condition que ce droit exclusif vis-à-vis de la privatisation initiale soit réservé à des personnes physiques uniquement et qu'il n'y ait aucune restriction sur les cessions ultérieures.]¹

c. [Les parties contractantes reconnaissent², cependant, que ces règles spéciales peuvent, dans certaines circonstances, produire des effets négatifs sur les droits des investisseurs ou sur les investissements d'une autre partie contractante.] Une partie contractante qui considère qu'une autre partie contractante a pris de telles mesures, peut demander des consultations avec cette dernière³.

Option 2

[Les modalités spéciales de détention d'actions, notamment a) la conservation "d'actions spécifiques" par les parties contractantes, b) les groupes stables d'actionnaires constitués par une partie contractante, c) les rachats par des cadres/salariés, ainsi que d) les mécanismes de coupons destinés au public, portent en eux des risques importants de discrimination à l'encontre des investisseurs étrangers et sont, de fait, incompatibles avec les obligations au titre du traitement national et du régime NPF dans bien des cas.]⁴

Paragraphe 4 (Transparence)⁵

Option 1

Les obligations découlant du paragraphe YY (transparence) s'appliquent à tout plan de privatisation d'un bien sur le territoire d'une partie contractante.⁶

¹ Proposition d'une délégation.

² Proposition d'une délégation.

³ Deux délégations émettent des réserves sur le principe des consultations. On a pu noter que ces consultations peuvent revêtir un caractère différent de celles qui ont été prévues dans le cadre des procédures normales de règlement des différends de l'AMI.

⁴ Proposition d'une délégation, accompagnée de la note suivante : "Comme pour d'autres mesures contraires aux obligations au titre du traitement national et du régime NPF, le recours à des modalités spéciales d'actionariat devraient donner lieu à la constitution d'une liste de réserves. Conscientes que les parties contractantes peuvent privatiser des actifs à l'avenir, les parties contractantes seront autorisées à prendre des dispositions de précaution pour l'utilisation de modalités spéciales d'actionariat dans les secteurs dans lesquels les parties contractantes possèdent généralement des entreprises d'État ou qui sont soumis à des restrictions imposées par les pouvoirs publics."

⁵ Certaines délégations ne ressentent pas le besoin d'une disposition portant spécifiquement sur la transparence en matière de privatisation, sauf si elle va au-delà de l'article YY sur la Transparence des textes consolidés. Toutefois, toute obligation nouvelle nécessiterait que l'on prévoit une protection convenable de la confidentialité.

⁶ Proposition d'une délégation.

Option 2

Aux fins du présent article, chaque partie contractante rendra rapidement publique les caractéristiques et procédures essentielles de chaque opération de privatisation qu'elle entreprend.¹

Option 3

Cette note confirme l'application de l'article YY sur la transparence. Plus précisément, l'obligation qui est faite d'accorder le traitement national et le bénéfice du régime NPF interdira la discrimination vis-à-vis d'un investisseur étranger en ce qui concerne l'ensemble des dispositions sur l'information communiquée au public sur l'entreprise à privatiser. Un gouvernement qui donne à des investisseurs nationaux l'accès à des informations concernant le fait que constitue la privatisation doit en même temps donner le même accès aux investisseurs étrangers. Pour des privatisations à très petite échelle, ce fait peut être porté à la connaissance d'entités locales appartenant à des investisseurs étrangers. Toute information industrielle ou commerciale à la disposition des investisseurs nationaux doit aussi être mise à la disposition des investisseurs étrangers – par exemple, le gouvernement doit fournir les comptes des entreprises sur demande. Les gouvernements violeraient le traitement national si, pour avantager les investisseurs nationaux, ils s'abstenaient de rendre publiques et largement disponibles des informations, soit sur le fait de privatisation, soit sur l'entreprise à privatiser.²

*Paragraphe 5 (Définition)*³

Option 1⁴

On entend par “privatisation” la vente partielle ou totale de biens appartenant à une partie contractante, ou toute autre forme de transfert de [fonctions assurées par le gouvernement ou]⁵ de la propriété ou du contrôle de biens⁶ [d'entreprises appartenant à des intérêts nationaux]⁷ appartenant à une partie contractante⁸, à un investisseur ou à un investissement [privé]¹.

¹ Proposition d'une délégation.

² Proposition d'une délégation.

³ La question de savoir si la définition de la privatisation doit se référer aux “actifs” ou à “l'entité” reste ouverte. Une définition se référant aux actifs, cependant, risquerait d'être trop vaste et d'entraîner une longue énumération d'actifs à exclure. Une définition se référant à l'entité risque d'être trop restrictive dans la mesure où elle exclut des transactions comme la vente de bâtiments publics. Elle risque aussi de donner lieu à des abus dans la mesure où une entité peut effectivement être privatisée par la vente de ses actifs. *L'option 1* est fondée sur les actifs. *L'option 2* est fondée sur une combinaison d'approches par l'entité et par les actifs.

⁴ Un certain nombre de délégations sont préoccupées par le champ couvert par la notion de biens immobiliers. Cela pose aussi le problème de règles de minimis.

⁵ Ajout proposé par une délégation.

⁶ Une délégation souhaiterait ajouter : “qui sont susceptibles d'être privatisés conformément aux lois et règlements nationaux...”

⁷ Ajout proposé par une délégation.

⁸ La question des instances infranationales devrait être traitée dans une autre partie de l'Accord. Sinon, on pourrait insérer “ou de l'une quelconque de ses instances infranationales”.

Toutefois, aux fins du présent accord, la privatisation ne couvre pas les opérations suivantes² :

- la vente ou toute autre forme de transfert de la propriété ou du contrôle de titres d'emprunt de la partie contractante, à moins que s'y attachent des droits préférentiels pour l'acquisition d'actions ;
- [l'octroi de concessions ;]
- [la vente de biens immobiliers ou toute autre forme de transfert du contrôle de biens immobiliers [y compris de terres arables]³ ;]
- [.....]

Option 2

“Privatisation” signifie la vente ou autre cession d'intérêts d'une partie contractante dans le capital d'une entreprise d'État⁴ ou d'une entité gouvernementale, ou la vente ou autre cession d'intérêts d'actifs d'une entreprise d'État ou d'une entité gouvernementale.⁵

¹ Un large accord se dégage sur l'idée que les entreprises d'État devraient pouvoir participer à des opérations de privatisation sur un pied d'égalité avec des sociétés privées. En conséquence, de nombreuses délégations estiment qu'il convient de supprimer le mot “privé”. Il y a également accord sur le fait que la privatisation ne couvre pas les transferts internes aux administrations publiques : une délégation note que la formule figurant au dernier tiret de la définition proposée dans l'option 1 prend en compte cette préoccupation.

² Plusieurs délégations souhaitent exclure les petites opérations, immobilières notamment. Une délégation propose un seuil minimum d'exclusion de \$EU 50-100 millions, en-deçà duquel les opérations de privatisation sont exonérées de ces obligations. Toutefois, une autre délégation se demande si la fourchette proposée convient à une exemption “de minimis”, surtout pour des opérations immobilières.

³ Proposition d'une délégation

⁴ Il conviendrait de définir la notion “d'entreprise d'État”.

⁵ Proposition du d'une délégation.

Option 3¹

La privatisation signifie la vente partielle ou complète ou toute autre forme de transfert de fonctions du gouvernement ou de la propriété ou du contrôle sur des actifs d'entreprises appartenant à des intérêts nationaux d'une partie contractante à un investisseur ou un investissement [privé].

Toutefois, aux fins de cet accord, la privatisation ne recouvre pas les transactions suivantes :

- la vente ou toute autre forme de transfert du contrôle de titres d'emprunt de la partie contractante, sauf s'ils sont assortis de droits préférentiels d'acquisition d'actions ;
- [l'octroi de concessions;]
- [la vente ou toute autre forme de contrôle de biens immobiliers;]
- [.....]

¹ Proposition d'une délégation.

IV. MONOPOLES/ENTREPRISES D'ÉTAT

Projets d'article

A. Projet d'article A : monopoles¹

[1. Aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée comme empêchant une partie contractante de maintenir, de désigner ou de supprimer un monopole.]²

2. Chaque partie contractante accorde [s'efforce d'accorder]³ un traitement non discriminatoire lorsqu'elle désigne un monopole.

3. Chaque partie contractante veille à ce que [tout monopole [que son gouvernement national ou ses instances infranationales maintiennent ou désignent]⁴ [que son gouvernement national] maintient ou désigne] ou [tout monopole à capitaux privés qu'il[s] désigne[nt] et tout monopole public qu'il[s] maintien[en]t ou désigne[nt]] :

[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 [l'achat ou la vente du] bien ou service faisant l'objet du monopole ;]⁵

¹ une délégation réserve sa position sur l'ensemble des obligations relatives aux monopoles qui vont au-delà des engagements au titre du GATT et de l'AGCS.

² Le droit des gouvernements de désigner ou de maintenir un monopole n'est pas contesté. Un certain nombre de délégations seraient cependant favorables à la suppression de ce paragraphe dans la mesure où il pourrait susciter des interrogations concernant les obligations prévues par l'AMI en termes d'expropriation et d'indemnisation et préjuger de la discussion au sein du Groupe de négociation de l'accès au marché. En outre, l'AMI n'est pas le cadre qui convient pour affirmer ce droit. D'autres délégations sont favorables à l'inclusion de ce paragraphe à des fins de clarté et de certitude.

³ Un certain nombre de délégations sont disposées à supprimer "s'efforce de". D'autres délégations souhaitent maintenir une réserve d'examen en attendant la définition du concept de monopole et la clarification des intentions présidant à ce paragraphe. Certaines délégations proposent que la désignation d'un monopole ne puisse pas reposer sur des considérations de nationalité.

⁴ La plupart des délégations considèrent que les obligations de cet article doivent s'appliquer à tous les niveaux des administrations publiques.

⁵ Un large accord s'est dégagé sur l'idée que la question de la délégation de pouvoirs réglementaires des monopoles serait traitée plus convenablement dans la cadre d'une clause générale anti-contournement de l'AMI. L'alinéa (a) peut néanmoins être conservé à titre de repère. Si la question devant en revanche être traitée au paragraphe 3, on pourrait améliorer le texte en terminant la phrase après les mots "qu'elle lui a délégués" ou en l'harmonisant avec le reste du paragraphe par l'ajout des mots "achat et vente". Une délégation préconise la suppression de l'alinéa (a) dans la mesure où les alinéas 3(b), (c), (d) devraient répondre aux préoccupations traitées dans l'alinéa (a) .

- b) assure un traitement non discriminatoire¹ aux investisseurs d'une autre partie contractante² et à leurs investissements pour la vente,³ 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 ;]⁴
- [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, pour se livrer 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].]⁵
- [e) agisse uniquement, hormis pour se conformer à de quelconques conditions de sa désignation qui ne soient pas incompatibles avec les alinéas (b), (c) ou (d), conformément à des considérations commerciales lorsqu'il achète ou vend un bien ou service faisant l'objet du monopole sur le marché concerné, notamment en ce qui concerne le prix, la qualité, la disponibilité, la possibilité de commercialisation, le transport et autres conditions d'achat ou de vente.]⁶

¹ Une délégation souhaite maintenir une réserve d'examen en attendant la clarification des obligations de non-discrimination pour les ventes par des monopoles dans lesquels les gouvernements conservent des actions spécifiques. Une autre délégation note que l'alinéa (e) répond à cette préoccupation.

² Une délégation souhaite limiter les obligations des alinéas (b), (c), et (d) aux "investissements des investisseurs d'une partie contractante sur son territoire".

³ Deux délégations se demandent si le champ de couverture ne doit pas aller au-delà de la vente et de l'achat d'un bien ou service faisant l'objet d'un monopole. Une autre délégation propose de remplacer "vente" par "fourniture".

⁴ Un certain nombre de délégations veulent réétudier les implications de cet alinéa, notamment en relation avec l'Accord du GATT sur les marchés publics. Une délégation est favorable à sa suppression. Certaines délégations réservent leur position sur la deuxième phrase.

⁵ Tandis que quatre délégations soutiennent l'esprit général de l'alinéa (d), plusieurs délégations sont préoccupées par son intrusion dans le domaine de la politique de la concurrence, notamment à travers la référence aux "pratiques anticoncurrentielles". Une délégation propose de remplacer le terme "anticoncurrentielles" par "discriminatoires". Une autre délégation est favorable à une simplification des alinéas (c) et (d).

⁶ Proposition de deux délégations. Un certain nombre de délégations doutent de la faisabilité et de l'opportunité d'une obligation imposant aux monopoles d'agir conformément à des "considérations commerciales".

[Aucune disposition de l'article A n'est destinée à empêcher un monopole de facturer des prix différents sur des marchés géographiquement différents, lorsque de telles différences reposent sur des considérations commerciales normales, comme la prise en compte de l'état de l'offre et de la demande sur ces marchés.]¹

[A l'article A, paragraphe 3 (e), les différences de tarifs entre catégories de consommateurs, entre sociétés apparentées ou non, et les subventions croisées ne sont pas en soi incompatibles avec cette disposition ; en revanche, cet alinéa leur est appliqué lorsqu'elles servent d'instruments de comportement anticoncurrentiel de la part de l'entreprise monopolistique].²

[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.]³

[6. L'arbitrage entre l'investisseur et l'État n'est pas ouvert aux investisseurs d'une autre partie contractante ou à leurs investissements pour toute question découlant du paragraphe 3 (b), (c), (d) ou (e) du présent article.]⁴

[B. Projet d'article B : [entreprises d'État ⁵]

1. Chaque partie contractante veille à ce que toute entreprise d'État 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'État 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.

¹ Proposition de deux délégations non examinée par le Groupe d'experts.

² Proposition de deux délégations non examinée par le Groupe d'experts.

³ Une délégation propose que le concept de "notification préalable" pour les monopoles nouvellement désignés soit examiné dans ce paragraphe. D'autres délégations estiment que le délai de notification de 60 jours est sans doute trop court. Une autre délégation réserve sa position sur l'ensemble du paragraphe.

⁴ Une délégation explique que le paragraphe 3(a), contrairement aux paragraphes 3(b), 3(c), 3(d) et 3(e), imposerait une discipline aux contournements des obligations d'une partie contractante -- notamment le traitement non discriminatoire. Il convient donc de pouvoir disposer des mêmes possibilités différentes de règlement des différends que celles dont on dispose lorsque les propres actions d'une partie contractante sont contestées.

⁵ Une délégation réserve sa position sur l'ensemble des obligations relatives aux entreprises d'État qui vont au-delà des engagements au titre du GATT et de l'AGCS. Une autre délégation considère que les entreprises d'État ne doivent pas être traitées différemment des entreprises privées et que les obligations de l'AMI sur les pratiques des sociétés doivent s'appliquer dans les deux cas. Une troisième délégation souhaiterait la suppression de l'article B.

3. L'arbitrage entre l'investisseur et l'État 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.]

C. Définitions concernant les monopoles [et les entreprises d'État]

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'État 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.]¹

[4. On entend par "marché concerné" le marché géographique et commercial d'un bien ou d'un service.]²

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

¹ Une délégation propose l'exclusion des concessions de monopoles désignés par le gouvernement [voir DAF/MAI/EG3/RD(96)14]. Deux délégations estiment qu'il faut effectuer de nouveaux travaux sur les concessions dans le contexte plus large de l'AMI.

² Une délégation propose d'ajouter "sur le territoire de la partie contractante" en fin de phrase.

V. INCITATIONS A L'INVESTISSEMENT

A. Observations générales

1. L'examen des incitations à l'investissement a été effectué sur la base d'une note, comportant une proposition de dispositions de deux délégations [DAFFE/MAI/EG3/RD(96)7] et section 6 de DAFFE/MAI/EG3/RD(96)10].
2. Plusieurs délégations ont considéré que des disciplines concernant les incitations à l'investissement seraient importantes du point de vue de la crédibilité générale de l'AMI tout en reconnaissant le rôle des incitations à l'investissement vis-à-vis des objectifs de certaines politiques, comme les politiques régionale, structurelle, sociale, environnementale ou la politique de R-D.
3. Une délégation fait valoir que la définition des incitations à l'investissement est un préalable à plus de transparence et à des disciplines plus strictes pour ces mesures. Elle a proposé une définition des incitations à l'investissement reposant très largement sur la définition des subventions et de la "spécificité" figurant dans l'Accord de l'OMC sur les subventions et les mesures compensatoires. Cette délégation a aussi préparé une proposition de disposition spécifique sur la transparence.
4. Mais plusieurs délégations ont estimé que les incitations à l'investissement n'étaient pas toujours mauvaises et ont jugé trop ambitieuses la nature et la portée des disciplines proposées par cette délégation. Etant donné que les membres de l'OMC sont encore aux prises avec certaines questions connexes, il est prématuré de faire figurer dans l'AMI des disciplines qui pourraient faire double emploi avec les obligations de l'OMC ou s'en écarter. Elles ont en outre estimé que l'on n'avait pas suffisamment analysé la nature et l'impact des incitations et la nature et la portée des éventuelles disciplines qui s'imposeraient compte tenu des objectifs de l'AMI. Une délégation pense qu'il faut poursuivre les travaux pour déterminer pleinement l'ampleur de l'effet négatif produit par les différentes incitations en relation avec les objectifs, souvent positifs, de l'action des pouvoirs publics, mis en application par le biais de ces incitations. Il convient de définir clairement les problèmes avant de rédiger des règles visant à traiter ces problèmes.
5. Un certain nombre de délégations se sont aussi demandées s'il était bien viable de vouloir élaborer, à ce stade, des dispositions en matière de statu quo et de démantèlement pour les incitations à l'investissement non discriminatoires. Soumettre les incitations à l'investissement aux obligations de traitement national et de régime NPF constituerait déjà un grand pas en avant. Une délégation a estimé que cela impliquait également de soumettre les incitations à l'investissement à des obligations de transparence et d'assujettir les mesures non conformes à un régime de statu quo et de démantèlement.
6. La plupart des délégations ont estimé qu'il fallait laisser au Groupe d'experts n°2 le soin de définir des plans pour les disciplines concernant les incitations fiscales à l'investissement. Certaines délégations ont estimé que les mesures fiscales devaient être exclues.
7. Certaines délégations ont exprimé la crainte que l'ajout d'éventuelles disciplines en matière d'incitations à l'investissement dans le cadre de l'AMI ne détourne des investissements étrangers vers des pays non membres et ne place les parties contractantes à l'AMI en position défavorable par rapport aux pays non membres s'agissant de leur capacité de retenir ou d'attirer des investissements. Ces disciplines pourraient aussi constituer un obstacle à l'adhésion à l'AMI de pays non membres. Cela étant, certaines délégations notent qu'il a toujours été prévu que l'AMI, en tant qu'accord sur des normes exigeantes,

impose aux parties contractantes l'application de régimes d'IDE plus libéraux que ceux qu'appliquent généralement les pays non membres et contestent les affirmations selon lesquelles les disciplines en matière d'incitations présentent des problèmes spéciaux à cet égard.

B. Projet de dispositions

Option 1

Plusieurs délégations estiment qu'il n'est pas nécessaire de prévoir un texte supplémentaire. Elles pensent que les projets d'articles actuels de l'AMI suffisent à couvrir pour le moment les incitations à l'investissement.

Option 2

De nombreuses délégations, en revanche, préconisent des dispositions spécifiques sur les incitations dans le cadre de l'AMI, bien qu'elles aient des divergences quant à leur nature et leur portée. Certaines proposent l'intégration dans l'Accord d'un ordre du jour des travaux futurs. L'examen de dispositions éventuelles s'est centré sur le projet d'article ci-après qui passe pour un texte de compromis aux yeux de ceux qui préféreraient tout de même des disciplines d'une portée plus vaste.

Projet d'article ¹

1. Les parties contractantes confirment que l'article XX (sur le traitement national et le régime de la nation la plus favorisée) s'applique à l'octroi d'incitations à l'investissement.²
2. Les parties contractantes reconnaissent que[, dans certaines circonstances,] même si elles sont appliquées de façon non discriminatoire, les incitations à l'investissement peuvent fausser les flux de capitaux et les décisions d'investissement.³ Toute partie contractante qui considère que ses investisseurs ou leurs investissements sont affectés négativement par une incitation à l'investissement adoptée par une autre partie contractante et induisant une distorsion, peut demander des consultations avec cette partie

¹ Certaines délégations estiment que les mesures fiscales ne doivent pas être couvertes par cet article.

² Il a été convenu que les incitations à l'investissement devaient être soumises aux obligations de traitement national et de régime NPF, mais des avis divergents se sont exprimés quant à l'opportunité de l'indiquer expressément. En conséquence, certaines délégations ont jugé inutile ce paragraphe. Une délégation maintient une réserve de pré-examen sur le texte de ce projet d'article. Le mécanisme de règlement des différends devrait notamment s'appliquer à cet article. Une autre délégation évoque la possibilité de l'inscription de réserves vis-à-vis du traitement national.

³ Plusieurs délégations ont souligné que toutes les incitations à l'investissement ne sont pas mauvaises ; le problème qui se pose est de tracer une ligne de partage entre les bonnes et les mauvaises incitations à l'investissement. On a fait valoir qu'il fallait mettre en balance les distorsions exercées sur les décisions d'investissement et les flux de capitaux par les incitations à l'investissement et leurs effets bénéfiques éventuels du point de vue de la réalisation d'objectifs sociaux légitimes. D'autres délégations notent que ces préoccupations sont traitées au paragraphe 3 du projet d'article.

contractante.¹ La première partie contractante peut aussi porter la question de cette incitation devant le Groupe des Parties en vue de son examen.

3.² Afin d'éviter et de réduire davantage ces effets de distorsion, les parties contractantes engage[ro]nt des négociations en vue de la mise en place de disciplines supplémentaires de l'AMI [dans les trois ans] à compter de la date de la signature du présent accord.³ Ces négociations prendront en compte le rôle des incitations à l'investissement au regard des objectifs de politiques telles que les politiques régionale, structurelle, sociale ou environnementale ou encore de la politique de R-D des parties contractantes et les autres travaux de nature similaire réalisés dans d'autres enceintes. Ces négociations traiteront notamment les questions concernant la discrimination positive,⁴ [la transparence⁵], le statu quo et le démantèlement⁶.

4. Aux fins du présent article, on entend par "incitation à l'investissement"

Option 1

L'octroi d'avantages spécifiques résultant de dépenses publiques⁷ en relation avec l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, l'exploitation ou la réalisation d'un investissement d'une partie contractante ou d'une partie non contractante sur son territoire.

Option 2

La définition proposée par une délégation (voir texte joint).

¹ Certaines délégations ne sont toujours pas convaincues de la nécessité de procédures spéciales de consultation pour les incitations non discriminatoires à l'investissement telles qu'elles sont définies au paragraphe 2, bien qu'il soit nécessaire d'attendre, avant de se prononcer, les décisions prises sur le champ de couverture de l'AMI. L'idée de départ est que, comme pour d'autres accords, les consultations constitueraient la première étape procédurale du mécanisme de règlement des différends de l'AMI. Il devrait être possible de se pencher de nouveau sur la pertinence des dispositions sur le règlement des différends et le rôle du Groupe des parties une fois qu'on en connaîtra mieux la configuration. Une délégation se demande si le mécanisme de règlement des différends de l'AMI pourrait s'appliquer à des incitations à l'investissement introduisant des distorsions dans les investissements ou à des incitations à l'investissement accordées illégalement. Ces questions mériteraient plus d'attention.

² La forme et l'emplacement de ce texte n'est pas encore décidée.

³ Certaines délégations sont d'avis que l'AMI devrait comporter des disciplines supplémentaires pour les incitations à l'investissement à partir de son entrée en vigueur. Une délégation a mis en garde contre les vastes conséquences que des disciplines supplémentaires pourraient avoir pour d'autres accords multilatéraux ainsi que pour les législations fiscales nationales et les régimes réglementaires nationaux.

⁴ Certaines délégations estiment qu'il faut interdire la discrimination positive.

⁵ Une autre délégation estime que l'article de l'AMI concernant la transparence serait suffisant.

⁶ Certaines délégations jugent très difficile de recommander des négociations futures sans accord sur leur nature et leur portée.

⁷ La question de l'inclusion des mesures fiscales doit être examinée à la lumière des travaux du Groupe d'experts n°2.

Texte joint *

1.1 Aux fins du présent Accord, une incitation à l'investissement est censée exister si :

(a) il y a une contribution financière des pouvoirs publics, à savoir lorsque :

(i) des administrations publiques assurent un transfert direct de fonds (par exemple, dons, prêts et injection de capitaux), des transferts directs potentiels de fonds ou d'engagements (par exemple, des garanties de prêts);

(ii) des recettes publiques à percevoir autrement sont abandonnées ou non collectées (par exemple, incitations fiscales de type crédits d'impôt);

(iii) des administrations publiques fournissent des biens ou services autres que des infrastructures générales, ou qu'elles achètent des biens ;

(iv) des administrations publiques effectuent des paiements auprès d'un mécanisme de financement, ou chargent un organisme privé ou lui donnent instruction d'assurer une ou plusieurs des types de fonctions décrites de (i) à (iii) ci-dessus qui devraient normalement revenir aux pouvoirs publics et que cette pratique ne s'écarte pas essentiellement des pratiques normalement suivies par les administrations publiques.

et

(b) un avantage se trouve ainsi conféré ;

et

(c) la contribution financière répond aux critères de spécificité tels qu'ils sont définis au paragraphe 2.1 ci-après ;

[ou]

[(d) éventuel texte définissant les incitations réglementaires, ou un sous-ensemble de ces incitations]

* Définition proposée par une délégation. Le terme 'administrations publiques' (government) tel qu'il est utilisé dans cet article est destiné à faire référence à tous les niveaux des pouvoirs publics auxquels s'appliquent les obligations de l'AMI.

2.1 Pour déterminer si une contribution financière, au sens du paragraphe 1 de cet article, est spécifique à une entreprise ou un secteur, ou encore un groupe d'entreprises ou de secteurs (auxquels on fait référence dans cet Accord sous la formule 'certaines entreprises') dans le champ de compétence de l'autorité accordant la contribution, on appliquera les principes suivants :

(a) Lorsque l'autorité accordant la contribution, ou la législation aux termes de laquelle ladite autorité intervient, limite explicitement l'accès à une contribution financière à certaines entreprises, une telle contribution est de caractère spécifique.

(b) Lorsque l'autorité accordant la contribution, ou la législation aux termes de laquelle ladite autorité intervient, définit des critères ou conditions** objectifs régissant l'admission au bénéfice de la contribution et son montant, il n'y a pas spécificité, à condition que l'admission au bénéfice de la contribution soit automatique et que ces critères ou conditions soient rigoureusement respectés. Les critères ou conditions doivent être clairement formulés dans la loi, le règlement ou tout autre document officiel de façon à permettre les vérifications.

(c) Si, nonobstant l'éventuelle non-spécificité apparente résultant de l'application des principes énoncés aux alinéas (a) et (b), il existe des raisons de penser que la contribution financière est en fait de caractère spécifique, il convient de prendre en compte d'autres facteurs, à savoir : le recours à un programme de subvention par certaines entreprises en nombre limité, l'octroi de contributions financières d'un montant disproportionnée à certaines entreprises, ainsi que la façon dont l'autorité accordant la contribution a fait usage de pouvoirs discrétionnaires dans sa décision d'octroi d'une contribution financière.*** Lors de l'application de cet alinéa, il convient de tenir compte de l'ampleur de la diversification des activités économiques placées sous la compétence de l'autorité accordant la contribution, ainsi que de la durée de mise en œuvre du programme de contribution financière.

2.2 Une contribution financière qui est limitée à certaines entreprises situées dans une région géographique définie dans le champ de compétence de l'autorité accordant la contribution sera considérée comme de caractère spécifique. Il est entendu que la fixation ou la modification des taux d'imposition généralement applicables par toutes les administrations publiques habilitées ne sera pas considérée comme une contribution financière spécifique aux fins du présent Accord.

2.3 L'établissement de la spécificité d'une contribution aux termes des dispositions du présent article doit être clairement étayé par des éléments de preuve positifs.

** Critères ou conditions objectifs, au sens où l'expression est utilisée ici, signifie des critères ou conditions qui soient neutres, qui ne favorisent pas certaines entreprises par rapport à d'autres, et qui soient de nature économique et d'application horizontale, comme le nombre de salariés ou la taille de l'entreprise.

*** A cet égard, les informations sur la fréquence à laquelle les demandes de subventions sont refusées ou approuvées ou sur les motifs de telles décisions seront plus particulièrement prises en considération.

VI. PRATIQUES DES SOCIÉTÉS CADRES DIRIGEANTS ET LES MEMBRES DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

A. Pratiques des sociétés¹

Option I

Projet d'article

Paragraphe 1 (Obligations concernant les pratiques des sociétés imposées par les pouvoirs publics)²

Une partie contractante n'[incite] pas ou n'[oblige] pas une société établie sur son territoire, en vertu d'une loi [ou d'autres mesures émanant des pouvoirs publics], à exercer ses activités [d'une manière qui soit incompatible avec les obligations des parties contractantes] résultant de [toute] disposition du présent accord.

[Ces [incitations] ou [prescriptions] incompatibles avec les obligations d'une partie contractante sont les suivantes]³ :

- les limites concernant l'acquisition d'actions de capital de la société bénéficiant du droit de vote qui font une distinction entre les investisseurs ou les investissements de la partie contractante et les investisseurs ou les investissements d'autres parties contractantes ;
- les règles relatives à la nationalité ou à la résidence des membres du conseil d'administration de la société ;
- l'émission de catégories d'actions différentes ayant des droits de vote différents lorsqu'elle comporte des dispositions régissant les droits des étrangers ;
- [d'autres éléments à définir].]

Paragraphe 2 (Introduction aux obligations concernant les pratiques des sociétés non imposées par les pouvoirs publics)¹

¹ Une délégation réserve sa position sur l'option I, paragraphe 1 ; paragraphe 3, options 2, 3 et 4; paragraphe 4; enfin, l'option II. Une autre délégation estime que si le comportement des entreprises d'État devait être couvert par cet article, il ne devrait pas y avoir besoin d'une article spécifique sur les entreprises d'État. La couverture des entreprises d'État dans cet article pourrait être assurée en ajoutant les mots "publique(s) et privée(s)" après le mot "société" au paragraphe 1 et après "sociétés" au paragraphe 2.

² Même si plusieurs délégations sont favorables à l'esprit général du paragraphe 1, il est apparu nécessaire d'examiner plus avant son contenu, notamment celui des passages entre crochets ; par exemple, le mot "oblige" "pourrait être remplacé par le mot "impose" et le passage "résultant de 'toute' disposition" par "résultant de dispositions relatives au traitement national/au régime NPF/à la transparence". Certaines délégations se demandent s'il est nécessaire d'indiquer des exemples spécifiques de pratiques des sociétés. Quatre délégations, en particulier, soulignent le problème de l'inclusion de dispositions en matière de résidence pour les conseils d'administration qui constituent des prescriptions réglementaires dans leurs pays. Certaines délégations notent un risque d'incohérence entre le second tiret et le projet d'article sur les cadres dirigeants et membres des conseils d'administration présenté plus loin.

³ Une délégation préconise une liste close.

Les parties contractantes reconnaissent que les pratiques des sociétés qui ne sont pas imposées par les parties contractantes peuvent se traduire par un traitement discriminatoire des investisseurs étrangers [et de leurs investissements].²

Paragraphe 3 (Obligations concernant les pratiques des sociétés non imposées par les pouvoirs publics)³

Option 1⁴

Les parties contractantes prescrivent que les statuts et règlements de leurs sociétés ne comportent pas de dispositions prévoyant un traitement discriminatoire des investisseurs étrangers [et de leurs investissements].

Option 2⁵

Les parties contractantes prescrivent que les statuts et règlements de leurs sociétés cotées en Bourse ne comportent pas de dispositions prévoyant un traitement discriminatoire des investisseurs étrangers [et de leurs investissements].

Option 3⁶

Les parties contractantes veillent à ce que les statuts des entreprises établies sous leur juridiction ne prévoient pas les types de règles suivants :

- les limites concernant l'acquisition d'actions de capital de la société bénéficiant du droit de vote qui font une distinction entre les investisseurs ou les investissements de la partie contractante et les investisseurs ou les investissements d'autres parties contractantes ;
- les règles relatives à la nationalité ou à la résidence des membres du conseil d'administration de la société ;
- l'émission de catégories d'actions différentes ayant des droits de vote différents lorsqu'elle comporte des dispositions régissant les droits des étrangers ;
- [d'autres éléments à définir].]

¹ Le texte de ce paragraphe nécessite peut-être d'être modifié en fonction de l'approche adoptée pour le paragraphe 3.

² Une délégation réserve sa position sur l'inclusion de "et de leurs investissements" aux paragraphes 2 et 3.

³ Plusieurs délégations émettent de sérieuses réserves sur la création d'obligations sur les pratiques des sociétés qui ne sont pas imposées par les pouvoirs publics, dans la mesure où cela interférerait avec la liberté de contracter des entreprises et où cela pourrait être difficile à faire appliquer. Une délégation propose l'ajout du mot "explicitement" après 'dispositions prévoyant'.

⁴ Proposition d'une délégation.

⁵ Proposition d'une délégation visant à limiter les obligations aux pratiques des sociétés cotées en Bourse.

⁶ Proposition d'une délégation.

Les parties contractantes s'efforcent¹ de limiter efficacement l'utilisation des pratiques des sociétés qui peuvent être [de fait discriminatoires à l'encontre des] [susceptibles de produire des effets de distorsion sur les]² investisseurs [et des investissements étrangers], notamment :

- l'attribution aux actionnaires de droits de vote qui ne sont pas proportionnels à la quote-part du capital de la société qui est détenue par l'actionnaire³ ;
- l'émission d'actions préférentielles sans droits de vote ;
- les dispositions figurant dans les statuts qui confèrent aux détenteurs d'une catégorie particulière d'actions un droit exclusif de proposition pour la désignation d'une majorité des membres de l'organe administratif dont la désignation est du ressort de l'assemblée générale ;
- [d'autres éléments à définir].

Option 4

Option zéro.

¹ Une délégation exprime des craintes quant à la relation entre une clause de "meilleurs efforts" et le mécanisme de règlement des différends de l'AMI.

² Il reste à déterminer si cette clause de "meilleurs efforts" doit être limitée à des cas de "discrimination" à l'encontre d'un investissement étranger ou à des mesures "susceptibles de produire des effets de distorsion sur" de tels investissements.

³ Une délégation réserve sa position sur ce tiret.

Paragraphe 4 (Transparence)¹

Les parties contractantes fournissent à la demande d'une autre partie contractante des informations sur certaines pratiques des sociétés de leurs propres investisseurs ou investissements, sous réserve du droit interne de cette partie contractante [et de la conclusion d'un accord satisfaisant pour la protection de la confidentialité de ces informations par la partie contractante ayant adressé la demande]. [A la demande de la partie contractante qui fournit les informations, la partie contractante qui les a demandées doit préserver leur confidentialité.]²

Paragraphe 5 (Consultations)³

Chaque partie contractante, à la demande d'une autre partie contractante, engagera des consultations en vue d'éliminer les pratiques des sociétés⁴ du type de celles qui ne sont pas couvertes par le paragraphe 3, option 1. La partie à qui la demande de consultations aura été adressée accueillera favorablement cette demande et coopérera par la fourniture d'informations non confidentielles du domaine public se rapportant à la question concernée. La partie contractante à laquelle la demande aura été adressée fournira également d'autres informations disponibles à la partie contractante qui lui aura adressé la demande, sous réserve de ses lois et pratiques internes et de la conclusion d'un accord satisfaisant sur la protection de la confidentialité de ces informations par la partie contractante ayant adressé la demande.^{5,6}

Paragraphe 6 (Règlement des différends)⁷

Les procédures de règlement des différends prévues par l'Accord s'appliquent dans le cas des paragraphes 3, 4 et 5.⁸

¹ Pour mieux mettre en relief les dispositions de transparence, une délégation propose la formulation de rechange suivante : "Sous réserve de conditions de confidentialité, les parties contractantes rendront publics les statuts des entreprises établies sur leur territoire."

² Proposition d'une délégation. Les juristes pourraient vérifier si la deuxième version entre crochets permet de résoudre le problème de conditionnalité de la première version entre crochets (comme dans l'AGCS).

³ Proposition d'une délégation. Une autre délégation réserve sa position sur ce paragraphe.

⁴ Une délégation propose l'insertion de "sans effet discriminatoire" après "pratiques des sociétés".

⁵ Proposition d'une délégation.

⁶ Une délégation estime que les consultations doivent porter sur les pratiques des sociétés mentionnées au paragraphe 2.

⁷ Proposition d'une délégation. Une autre délégation réserve sa position sur ce paragraphe.

⁸ Un certain nombre de délégations souhaitent étudier plus avant la relation entre les procédures de consultation proposées et le mécanisme de règlement des différends de l'AMI. De fortes réserves se sont exprimées sur l'idée de soumettre les pratiques des sociétés à un règlement des différends investisseur-État.

Option II

Un certain nombre de délégations pensent qu'il n'est pas nécessaire de prévoir un texte sur les pratiques des sociétés. Les projets actuels de dispositions de l'AMI devraient suffire à couvrir les mesures des pouvoirs publics imposant des pratiques aux sociétés de nature à introduire des discriminations à l'encontre d'investisseurs étrangers ou de leurs investissements. Elles estiment que l'AMI ne doit pas intervenir dans le domaine des pratiques des sociétés privées.¹

B. Cadres dirigeants et membres du conseil d'administration²

Projet d'article

Paragraphe 1

Aucune des parties ne pourra obliger une entreprise qui est située sur son territoire et qui est un investissement effectué par un investisseur d'une autre partie à nommer comme dirigeants des personnes d'une nationalité donnée.

Paragraphe 2

[Une partie pourra exiger que la majorité des membres du conseil d'administration, ou d'un comité du conseil d'administration d'une entreprise qui est située sur son territoire et qui est un investissement effectué par un investisseur d'une autre partie soient d'une nationalité donnée, ou résident sur le territoire de la partie, à condition que cette exigence ne compromette pas de façon importante l'aptitude de l'investisseur à contrôler son investissement.]³

¹ Des réserves ont également été formulées sur l'utilisation de l'article IX de l'AGCS en tant que précédent pour l'imposition de disciplines aux pratiques des sociétés dans la mesure où cet article a trait aux pratiques commerciales restrictives dans un contexte de politique de la concurrence.

² Une délégation réserve sa position sur cet article.

³ La plupart des délégations réservent leur position sur le paragraphe 2.

COMMENTAIRES

I. PERSONNEL CLÉ

A. Admission et séjour temporaires

Paragraphe 1

1. Plusieurs délégations sont favorables à la présence des termes “une somme importante” dans ce paragraphe, mais d’autres estiment qu’il en résultera des incertitudes et qu’on pourrait créer d’importants obstacles à certaines formes d’investissement. Il a été noté que le Groupe de rédaction n° 3 a élaboré, dans le contexte d’une détention indirecte ou d’un contrôle indirect, une disposition de refus des avantages qui recourt à la notion d’“activité industrielle ou commerciale substantielle” [DAFFE/MAI/DG3(96)1]. Le Groupe de rédaction n° 3 a décidé qu’il n’était pas nécessaire de définir cette expression.

2. Certaines délégations considèrent qu’il n’est pas nécessaire d’employer l’adjectif “essentiel” dans ce paragraphe et soulignent les difficultés qu’il y aurait à définir ce terme.

3. Les délégations se demandent si les alinéas (a) et (b) devraient viser une “entreprise” ou, plus généralement un “investissement”.

4. Plusieurs options sont proposées pour l’alinéa (b). La première correspond à l’approche proposée par une délégation. La deuxième comporte une obligation d’emploi préalable. Certaines délégations estiment que cette obligation peut fausser l’investissement en ayant un impact excessif sur les nouveaux investisseurs et les petites et moyennes entreprises, sans avantage corrélatif pour le pays qui procède à l’admission. Ces délégations considèrent en outre que cette obligation ne répond sans doute pas aux véritables besoins d’un investissement et ne doit pas être utilisée pour déterminer si un individu est essentiel ou non à un investissement.

5. Diverses positions se sont exprimées quant à la durée de l’emploi préalable, si cette obligation devait être retenue, plusieurs délégations jugeant toutefois nécessaire une telle obligation ne serait-ce que parce que leur loi nationale en matière d’immigration comporte une disposition en ce sens. Pour une délégation, il faudrait sans doute préciser que l’emploi préalable doit être continu et précéder immédiatement l’admission. Une autre délégation s’est demandé s’il était bien efficace de recourir à une obligation d’emploi préalable pour éviter de contourner les lois nationales sur l’immigration.

Paragraphe 2

6. Ce paragraphe reste entre crochets en attendant que soient examinés ses liens avec le chapeau.

Paragraphe 4

7. Certaines délégations considèrent qu'il peut s'agir d'une barrière de fait à la libre circulation du personnel clé et elles seraient prêtes à accorder l'admission et le séjour temporaires au conjoint et aux enfants mineurs. Certains pays iraient plus loin et accorderaient au conjoint, dans le cadre de l'AMI, le droit de travailler. Le problème est de savoir ce qu'il faut entendre par "conjoint" et par "mineurs".

8. D'autres délégations envisageraient une disposition de "meilleurs efforts" pour l'entrée et le séjour temporaires du conjoint et des enfants mineurs, mais auraient de fortes objections à la délivrance d'un permis de travail au conjoint et aux enfants mineurs. Elles sont d'avis qu'une disposition de l'AMI obligeant à accorder un permis de travail au conjoint quelle que soit la branche d'activité créerait un "marché commun du travail pour les conjoints bénéficiant de l'AMI" et conférerait au conjoint des droits allant au-delà de ce que l'AMI accorde aux investisseurs. Une délégation a souligné la nécessité d'assurer la subsistance du conjoint et des enfants pour l'octroi de l'admission et du séjour temporaires. Certaines délégations craignent que si les conjoints ne peuvent pas obtenir un permis de travail cette disposition perde beaucoup de son efficacité.

Personne physique d'une autre partie contractante

Paragraphe 6

9. Différents points de vue se sont exprimés sur le point de savoir si, aux fins de ces dispositions, la notion de personne physique devait se limiter aux nationaux ou aux résidents permanents d'une autre partie contractante de l'AMI. On a fait valoir que dans le cas du personnel clé la nationalité ne devait pas être un critère tant que ce personnel est salarié d'un investissement relevant de l'AMI. Certaines délégations jugent qu'il n'est pas nécessaire de définir ce terme, puisqu'il entrera dans la définition de l'investisseur qui sera donnée dans d'autres dispositions de l'Accord. Une délégation a précisé qu'elle ne pouvait pas accepter la prise en compte des résidents permanents pour les dispositions concernant l'admission et le séjour temporaires, bien qu'elle accepte la prise en compte des résidents aux fins de la définition générale de l'"investisseur" dans l'Accord.

10. Une Délégation a soumis la proposition suivante, qui permettrait de multilatéraliser la pratique de ce pays en matière de conventions bilatérales :

"Les investisseurs qui sont ressortissants de pays à l'égard desquels nous avons certaines obligations conventionnelles (notamment les pays avec lesquels nous avons conclu des accords bilatéraux) peuvent, s'ils satisfont à certains critères concernant la nature de l'investissement, obtenir un visa de notre pays qui leur permet et qui permet à certains de leurs salariés clés qui sont également ressortissants du même pays d'entrer dans notre pays et d'y séjourner tant qu'ils participent activement à l'investissement. Ces visas sont dénommés visas "d'investisseur d'un pays partie à une convention".

Dans le contexte de l'Accord multilatéral sur l'investissement, il ne serait pas conforme aux objectifs de libéralisation qui sont assignés à cet accord d'exiger que le personnel clé d'un investisseur soit de la même nationalité que ce dernier pour pouvoir obtenir un visa "d'investisseur d'un pays partie à une convention". L'une des solutions que nous serions prêts à étudier serait d'autoriser la délivrance d'un visa "d'investisseur d'un pays partie à une convention" à tout salarié clé d'un investisseur éligible d'un pays partie à l'AMI lui-même ressortissant d'un pays de l'AMI, que le salarié ait ou non la même nationalité que l'investisseur.

Par conséquent, à supposer que l'Allemagne, la France et les États-Unis soient parties à l'AMI, un salarié clé français d'une société allemande aurait droit à un visa "pour investisseur d'un pays partie à une convention" si la société allemande réalisait aux États-Unis un investissement remplissant les conditions requises.

Nous ne proposons pas d'élargir les critères d'éligibilité en ce qui concerne les visas "d'investisseur d'un pays partie à une convention" ni du point de vue de la nature de l'investissement exigé, ni du point de vue des catégories de personnel pouvant bénéficier de ce visa. Nous suggérons simplement que la nationalité ne constitue pas un facteur restrictif, à condition que l'investisseur et le salarié clé demandant le visa soient tous deux ressortissants de pays membres parties à l'AMI. Toutefois, une telle modification du régime concernant les visas "d'investisseur d'un pays partie à une convention" nécessiterait une modification de la législation autorisant ces visas."

Entreprise

11. De l'avis de la plupart des délégations, ces dispositions ne devraient pas comporter une définition de l'"entreprise" d'une autre partie contractante, car une définition sera déjà donnée dans les définitions générales de l'Accord.

Cadres supérieurs, directeurs, spécialistes

12. Pour le Groupe d'experts, la définition des catégories "cadre supérieur" et "directeur" est généralement adéquate, bien qu'il puisse y avoir certains recoupements entre ces deux catégories. Il faudra encore approfondir la catégorie "spécialiste" et peut-être mentionner la possibilité de vérification des qualifications professionnelles. Une délégation souhaiterait inclure dans cette catégorie les "formateurs".

B. Obligations en matière d'emploi

13. Cette disposition permettrait à un investisseur d'embaucher une personne quelle que soit sa nationalité. L'AMI devrait empêcher l'application de quotas nationaux d'emploi ou de critères relatifs au marché du travail (besoins économiques), mais il ne faut pas qu'ils puissent être utilisés par un investisseur étranger pour échapper à l'application de certaines lois nationales, notamment les lois anti-discrimination. Il ne faut pas non plus que l'AMI empêche une partie d'assurer l'application de ses lois en ce qui concerne les conditions auxquelles est subordonnée la délivrance d'un permis de séjour et de travail. Toutefois, les pratiques administratives nécessaires à des fins de vérification ne doivent pas être utilisées pour vider de son contenu cette disposition.

III. PRIVATISATION

Généralités

14. Certaines délégations ont mis en doute la nécessité d'un article spécifique confirmant l'application des obligations de traitement national et de régime NPF aux opérations de privatisation. D'autres délégations ont estimé qu'il fallait au contraire souligner cette importante adjonction aux obligations de l'OCDE. La privatisation peut être une question complexe et délicate sur le plan politique. Il faut donc préciser comment les obligations de l'AMI pourraient jouer à l'égard de certaines opérations de privatisation ou de certains programmes de privatisation. Les investisseurs étrangers sont très attachés à la transparence. Tout en reconnaissant les divergences d'opinion quant à la meilleure approche de cette question et en laissant ouvertes ses options, le Groupe d'experts est convenu de poursuivre l'examen de ce point sur la base du texte proposé.

Paragraphe 2

15. Certaines délégations se sont demandé quelles seraient les interrelations entre cette disposition et celles concernant l'expropriation et l'indemnisation.

Paragraphe 3

16. Une délégation s'est interrogée sur la compatibilité de cette disposition avec les obligations de traitement national et de régime NPF. Une autre délégation a estimé que les régimes spéciaux d'actionnariat sont déséquilibrés et comportent donc des éléments discriminatoires, en ce qu'ils permettent à une partie contractante de conserver le contrôle tout en déléguant les risques industriels et commerciaux à des investisseurs privés. Certaines délégations sont d'avis que les régimes spéciaux d'actionnariat resteront l'une des caractéristiques des programmes de privatisation et que l'AMI doit ménager une certaine souplesse dans ce domaine. A une large majorité, les délégations ont considéré que ces régimes spéciaux ne devaient pas être jugés incompatibles avec les obligations de traitement national et de régime NPF, à moins qu'ils ne soient expressément ou délibérément discriminatoires à l'encontre des investisseurs étrangers. Il peut être nécessaire, par exemple, de réserver une certaine fraction des ventes initiales à des personnes privées ou à des organismes privés. Comme dans le cas des monopoles, il existe également un lien avec la marge de manoeuvre que les parties contractantes auront pour la formulation de réserves par pays ou d'exceptions : des réserves de précaution seront nécessaires. Certaines délégations se sont montrées réservées en ce qui concerne des procédures spéciales de consultation dans ce domaine, qui viendront s'ajouter à celles qui pourraient être envisagées pour les dispositions de l'AMI relatives aux consultations et au règlement des différends.

Paragraphe 5

17. Les délégations ont jugé que la définition proposée constituait un bon point de départ. Mais, telle qu'elle se présente actuellement, cette définition couvrirait les ventes d'une autorité publique à une autre autorité publique ou les ventes entre une autorité publique et une entreprise d'État. Ces ventes ne conduisent pas à une participation accrue du secteur privé et peuvent donc ne pas être conformes à la notion de privatisation. L'expression "transfert du contrôle" n'est peut-être pas appropriée pour les ventes partielles. Il faut tenir compte de la définition examinée au paragraphe 66 du rapport du Groupe d'experts au Groupe de négociation [DAFFE/MAI/EG3(96)7].

V. MONOPOLES

Généralités

Paragraphe 1

18. 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 DAF/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

19. 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.

Paragraphe 3

20. 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.

21. 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.

22. 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.

23. 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.

24. 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

25. 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.

26. 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

27. 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

28. Quelques délégations ont proposé de ne pas soumettre à l'arbitrage entre l'investisseur et l'État les questions découlant des paragraphes 3(b), 3(c), 3(d) ou 3(e) 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.

B. Entreprises d'État

29. Plusieurs délégations ont considéré que des dispositions particulières concernant les entreprises d'État 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 ou dans le cadre des pratiques des sociétés. Les entreprises d'État opérant dans le secteur concurrentiel doivent être traitées de la même manière que les entreprises privées. La délégation des États-Unis a toutefois estimé qu'il n'est pas toujours certain que les pouvoirs publics puissent se dissocier des activités de leurs entreprises d'État. 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'État aux mêmes droits et aux mêmes obligations que les entreprises privées.

C. Définitions

30. Le Groupe d'experts a décidé de poursuivre son examen de la définition des "monopoles" à partir des textes proposés par les États-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'État" que les "entités privilégiées".

31. 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".

32. 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.

VI. PRATIQUES DES SOCIÉTÉS /CADRES DIRIGEANTS ET MEMBRES DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

A. Pratiques des sociétés

Option A

Paragraphe 1

33. Plusieurs délégations ont manifesté une nette préférence pour la première option, qui limiterait l'obligation des parties contractantes à ne pas inciter ou obliger les entreprises à se livrer à certaines pratiques. On pourrait distinguer entre les actions cotées en Bourse et les autres actions. D'autres délégations ont néanmoins estimé que cette disposition équivalait à une clause anti-contournement, un article de ce type étant envisagé pour l'ensemble de l'Accord. Selon une délégation, il faudrait définir les termes "autres mesures émanant des pouvoirs publics".

34. Certaines délégations ont mis en doute le bien-fondé d'une liste illustrative de pratiques des sociétés. D'autres délégations ont exprimé des réserves quant à l'énumération de certaines pratiques (notamment en ce qui concerne l'obligation de résidence et l'émission de différentes catégories d'actions). Une délégation a signalé que les "engagements négatifs" étaient pratiqués couramment dans certains pays et que limiter leur utilisation pourrait nuire aux intérêts commerciaux de ceux qui en font usage.

Paragraphe 2

35. Les délégations ont reconnu que les pratiques des sociétés peuvent constituer un obstacle aux investissements internationaux. Elles ont également estimé que l'AMI ne devait pas être en retrait par rapport à l'AGCS.

Paragraphe 3, Option 1

36. Plusieurs délégations ont toutefois considéré que l'interdiction de dispositions discriminatoires dans les statuts et règlements des sociétés, telle qu'elle est envisagée dans l'option 1, allait trop loin en limitant la liberté de contracter et en portant atteinte à l'autonomie du secteur des entreprises. Une telle interdiction exigerait de la part de tous les pays de l'OCDE des mesures législatives dans un domaine qui est politiquement délicat. Il semblerait plus réaliste de s'en tenir à une disposition de "meilleurs efforts".

Paragraphe 3, Option 3

37. En ce qui concerne la disposition de "meilleurs efforts" prévue par cette option, un certain nombre de délégations ont considéré que cette disposition s'immiscerait trop dans les activités du secteur privé et devait donc être abandonnée. Certaines délégations se sont demandé comment il fallait interpréter les termes "de fait".