



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

Consultations informelles sur des "thèmes spéciaux"

RESULTATS DES DISCUSSIONS INFORMELLES SUR LES THEMES SPECIAUX : OBLIGATIONS DE RESULTATS ET MONOPOLES/ENTREPRISES D'ÉTAT/CONCESSIONS DES 21-22 AVRIL 1997

(Rapport au Groupe de négociation)

I. ARTICLE SUR LES OBLIGATIONS DE RESULTAT¹

1. Une partie contractante ne peut imposer, appliquer ou maintenir l'une quelconque des obligations suivantes, ou faire appliquer un quelconque engagement, concernant l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, l'exploitation ou l'exécution² d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une partie contractante ou d'une partie non contractante³, :

- a) exporter un volume ou un pourcentage donné de biens ou de services ;
- b) atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national ;
- c) acheter, utiliser ou privilégier des biens produits ou des services⁴ fournis sur son territoire, ou acheter des biens ou des 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) lier de quelque façon le volume ou la valeur des importations au volume ou à la valeur des exportations ou aux entrées de devises résultant de cet investissement ;

¹ Une délégation réserve sa position pour toutes les obligations ayant trait aux obligations de résultat qui vont au-delà de celles de l'accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce et du traité sur la Charte de l'énergie.

² Dans cette énumération n'apparaissent pas les termes "entretien, utilisation, jouissance, vente ou autre aliénation d'investissements" qui figurent dans les articles concernant le traitement national/le régime NPF. Certaines délégations réservent leur position quant à l'inclusion du terme "exécution".

³ Une délégation propose d'insérer après le terme "engagement" le texte suivant : ", ou subordonner le bénéfice ou le maintien du bénéfice d'un avantage au respect de l'une quelconque des obligations suivantes". De cette manière, il est clair que l'article sur les obligations de résultat s'applique dans deux hypothèses : *i*) lorsque les obligations de résultat sont liées à l'établissement, l'expansion, etc. d'un investissement ; et *ii*) lorsqu'elles sont liées à l'octroi d'un avantage.

Si on ne l'indique pas expressément au paragraphe 1 (et tel le but de cette proposition), l'applicabilité de l'article en cas d'octroi d'un avantage ne serait pas tout à fait certaine. Pour cette délégation, cette adjonction est nécessaire pour des raisons juridiques et elle l'est aussi pour que l'investisseur bénéficie d'une plus grande certitude. Comme c'était l'intention avec l'approche de la "liste unique", l'adjonction proposée limiterait l'interdiction dans le deuxième cas (obligation de résultat liée à un avantage) aux "obligations" imposées par les pouvoirs publics. Etendre l'interdiction uniquement à certains "engagements" interférerait indûment avec les pratiques des pouvoirs publics concernant les engagements "volontaires" en contrepartie d'un avantage et pourrait se traduire par une lourde charge pour les parties contractantes pour la formulation de réserves relatives aux accords entre les pouvoirs publics et les entreprises qui contiennent des engagements volontaires "interdits".

⁴ Deux délégations proposent une note interprétative qui se lirait comme suit : "il est entendu que cette disposition n'élargit pas les engagements en matière de prestation transfrontière de services au titre de l'AGCS." Un certain nombre de délégations estiment que ce problème doit être traité dans le cadre d'une disposition générale concernant les liens entre les obligations de l'AMI et celles de l'OMC. Une délégation réserve sa position quant à l'inclusion des "services" au point 1(c) à l'égard des obligations de résultat liées à l'octroi d'un avantage.

- f) transférer une technologie, un procédé de production 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 mis à exécution par une juridiction judiciaire ou administrative ou par une autorité compétente en matière de concurrence pour corriger une violation alléguée des lois sur la concurrence⁵ [ou agir d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les articles ... de l'accord sur les ADPIC] ;
 - g) localiser son siège, pour une région déterminée ou pour le marché mondial, sur le territoire de cette partie contractante⁶ ;
 - h) desservir exclusivement, à partir du territoire de cette 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 vente, d'emploi ou de recherche-développement sur son territoire ;]⁷
- [(j)recruter un niveau donné de [personnel local] [nationaux ;]⁸
- (k) établir une coentreprise⁹ ; ou

-
5. Un grand nombre de délégations ont fait savoir qu'elles ne pouvaient accepter une version finale de ce paragraphe que si elle comportait une exception claire pour la possibilité d'application des lois sur la concurrence et pour le transfert de droits de propriété intellectuelle, dès lors que ce dernier n'est pas contraire à l'accord sur les ADPIC. Le libellé précis de ce paragraphe reste à déterminer en consultation avec les experts de la concurrence et des droits de propriété intellectuelle, afin de tenir compte des commentaires formulés au paragraphe 7 du rapport au Groupe de négociation sur la propriété intellectuelle [DAFFE/MAI(97)13]. Dans ce contexte, des questions ont été posées au sujet de la signification des termes "savoir-faire exclusif" et de la référence aux autorités compétentes.
 6. Une délégation réserve sa position en ce qui concerne le paragraphe (g) et notent que cette disposition pourrait par inadvertance obliger les parties contractantes à formuler des réserves pour les lois de base relatives à la constitution d'une société, dans la mesure où ces lois imposent l'établissement et/ou le maintien d'un bureau de représentation ou d'un siège à des fins juridiques.
 7. On a reconnu que le paragraphe i) n'a pas pour but d'interférer avec les dispositions légitimes résultant des programmes des pouvoirs publics en matière d'emploi ou des lois sur la non-discrimination dans l'emploi. Un certain nombre de délégations ont subordonné leur acceptation de cette disposition à la mise au point d'un libellé adéquat précisant mieux cette obligation et assurant la cohérence nécessaire avec l'article sur le personnel clé. Un grand nombre de délégations se sont montrées favorables à la suppression de ce paragraphe.
 8. Ce paragraphe a pour but de couvrir les obligations de résultat spécifiques exprimées sous forme de nombres et de pourcentages donnés de salariés, tandis que l'article sur les obligations en matière d'emploi traite des problèmes de discrimination envers des personnes physiques titulaires d'un permis valide de séjour et de travail dans une partie contractante déterminée. Certaines délégations jugent que l'interdiction formulée au paragraphe (j) devraient s'appliquer au recrutement de personnel national, et non local. Plusieurs délégations expriment une réserve à l'égard de cette dernière proposition. Une délégation se demande si cette disposition devrait s'appliquer aux obligations de résidence. Une autre délégation rappelle que le Président du Groupe de négociation a suggéré que les obligations de résidence ne devraient pas être considérées comme étant incompatibles avec les obligations prévues par l'AMI [DAFFE/MAI(97)14].
 9. Plusieurs délégations considèrent que les points traités aux paragraphes k) et l) sont pris en compte de façon appropriée par les dispositions relatives au traitement national et au régime NPF. D'autres délégations sont d'avis que, pour faciliter le maintien de ces paragraphes, on pourrait ajouter au paragraphe 2 le texte

[(l)atteindre un niveau minimum de participation locale au capital.]

2. Le paragraphe 1 n'empêche pas une partie contractante de subordonner le bénéfice d'un avantage ou son maintien, en liaison avec un investissement, effectué sur son territoire, d'une partie contractante ou d'une partie non contractante, au respect d'obligations ou d'engagements visés au paragraphe [1(a) et] 1(f) à 1(l).¹⁰

3. Aucune disposition des paragraphes [1(a),], 1(b), 1(c), 1(d) et 1(e)¹¹ ne peut être interprétée comme empêchant une partie contractante de subordonner le bénéfice ou le maintien du bénéfice d'un avantage, 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 ou d'un engagement de localiser une production sur son territoire ou d'y fournir certains services, d'y former ou d'y employer des [travailleurs] [salariés]¹², d'y construire ou d'y développer certaines installations ou d'y exécuter des activités de recherche-développement.

4. [A condition que ces mesures ne soient pas appliquées de façon arbitraire ou injustifiable, ou ne constituent pas une restriction déguisée à l'investissement, aucune disposition du paragraphe 1(b) et 1(c) ne peut être interprétée comme empêchant une partie contractante d'adopter ou de maintenir des mesures, notamment environnementales :

- (a) nécessaires pour assurer le respect des 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 ;

suivant : "Pour plus de certitude, les obligations en matière de traitement national et de régime NPF s'appliquent dans tous les cas relevant de ce paragraphe". Une délégation réserve sa position en ce qui concerne l'inclusion des points (k) et (l), notant au sujet de (l) la nécessité d'instaurer des dispositions sur les actions nominales déposées en garantie. Une délégation propose que les points (k) et (l) soient réunis en une seule disposition, estimant qu'ils produisent le même résultat. Une autre délégation est d'avis que ces points devraient pour le moment rester séparés.

- 10. Le terme "engagements" serait supprimé si la proposition canadienne concernant le chapeau du paragraphe 1 faisait l'objet d'un accord. Deux délégations sont favorables à l'inclusion du point 1(a) qui apparaît nécessaire pour couvrir notamment le soutien aux exportations agricoles et les programmes d'aide à la commercialisation. Pour sa part, une délégation fait état de préoccupations concernant la couverture des services. En revanche, une autre délégation estime que l'inclusion du point 1(a) serait incompatible avec les dispositions de l'Accord de l'OMC sur les subventions et les mesures compensatoires. Une délégation estime que certaines questions relatives aux crédits à l'exportation et à la promotion des exportations seraient peut-être mieux traitées au paragraphe 5. Une autre délégation souligne la difficulté de distinguer, dans nombre de cas, entre les programmes de promotion des exportations et les programmes d'aide extérieure. S'agissant des points (g), (h), (k) et (l), plusieurs délégations ne voient pas de lien entre ces points et le bénéfice d'un avantage, et proposent qu'ils ne soient pas énumérés au paragraphe 2. Une délégation est également en faveur de la suppression de la référence au paragraphe 1(f).
- 11. L'énumération des alinéas serait fonction de la portée du paragraphe 2. Plusieurs délégations considèrent que le champ de l'exclusion envisagée pose des problèmes. Des questions ont été soulevées en particulier concernant la mention de la fourniture de "certains" services et de la construction et du développement de certaines installations (qui pourraient être assimilés à des activités d'investissement). Trois délégations estiment que le paragraphe 3 est superflu étant donné la teneur du paragraphe 2.
- 12. Une délégation suggère l'emploi du terme "salariés" à la place de "travailleurs".

(c) nécessaires pour la conservation des ressources naturelles épuisables, biologiques ou autres.]¹³

5.¹⁴ (a) Les paragraphes 1(a), 1(b) et 1(c) ne s'appliquent pas aux obligations d'éligibilité pour les biens ou services au titre des programmes de promotion des exportations [et d'aide extérieure]¹⁵ ;

[(b)les paragraphes 1(b), 1(c), 1(f) et 1(h) ne s'appliquent pas aux marchés passés par une partie contractante ou une entreprise d'Etat¹⁶ ; et]¹⁷

13. Plusieurs délégations considèrent qu'il vaudrait mieux traiter dans un article plus général de l'AMI les questions qui ont trait à l'environnement et à la protection de la vie et de la santé humaine ou animale ou à la protection des végétaux. Un certain nombre de délégations souhaitent que l'alinéa (a) est trop large. Un grand nombre de délégations acceptent que le paragraphe 4 soit remplacé par la note interprétative suivante proposée par une délégation [DAFFE/MAI/ST/RD(97)1] :

“Aucune disposition des paragraphes 1(b) et 1(c) ne doit être interprétée comme empêchant une partie contractante d'adopter ou de maintenir des mesures nécessaires pour assurer la conformité avec les lois et réglementations environnementales [dispositions législatives et réglementaires] qui ne sont pas par ailleurs incompatibles avec les dispositions du présent accord et qui sont nécessaires pour la conservation des ressources naturelles épuisables, biologiques ou autres, ou [qui sont nécessaires pour la protection de la vie et de la santé humaine ou animale ou pour la protection des végétaux.]”

14. Une délégation a proposé la note interprétative suivante, qui se substituerait au paragraphe 5 :

“Aucune disposition des paragraphes 1(a), (b) et (c) ne peut être interprétée comme empêchant une partie contractante de subordonner le bénéfice ou le maintien du bénéfice d'un avantage, en liaison avec un investissement, effectué sur son territoire, d'une partie contractante ou d'une partie non contractante, au respect d'obligations d'éligibilité pour les biens ou services au titre des programmes de promotion des exportations [et d'aide extérieure].

Aucune disposition des paragraphes 1(b) [ou 1(c)] ne peut être interprétée comme empêchant une partie contractante d'appliquer la règle de l'OMC en matière d'origine des biens pour l'éligibilité aux marchés passés par la partie contractante ou l'une de ses entreprises d'Etat.”

15. Un grand nombre de délégations restent en faveur de l'inclusion des programmes d'aide extérieure au paragraphe (a). D'autres délégations considèrent qu'il faut supprimer cette référence. Plusieurs délégations ne voient pas de lien entre la promotion des exportations (ou, d'ailleurs, les crédits à l'exportation) ou les programmes d'aide extérieure et les opérations d'investissement. Une délégation fait observer que dans nombre de cas il est très difficile de faire la distinction entre la promotion des exportations et les programmes d'aide extérieure. Une autre délégation relève que la promotion des exportations couvre un champ beaucoup plus restreint que les crédits ou les subventions à l'exportation. Elle fait également remarquer que les programmes d'aide extérieure ne sont pas toujours dispensés directement aux États mais parfois appliqués par l'intermédiaire d'entités privées telles que les organisations non gouvernementales (ONG). L'imposition d'obligations de contenu national à ces organisations pourrait se traduire par un traitement préférentiel en faveur des sociétés à capitaux nationaux, au détriment des sociétés à capitaux étrangers. Une délégation estime qu'il vaudrait mieux traiter ces cas spéciaux dans une note interprétative.

16. Il conviendrait de définir le terme “entreprise d'Etat”.

17. Les délégations confirment que l'article sur les obligations de résultat ne doit pas interférer avec les droits et obligations des parties contractantes en vertu de l'accord de l'OMC sur les marchés publics. Plusieurs délégations se demandent si l'exclusion proposée à l'alinéa 5(b) produirait ce résultat ou pourrait au contraire être interprétée comme étant incompatible avec les engagements dans le cadre de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics. D'autres délégations sont d'avis que le libellé n'atteint pas cet objectif et l'estiment nécessaire étant donné que les disciplines de l'OMC ne s'appliquent pas de la même manière à tous les pays et à tous les organismes publics et qu'il serait souhaitable de préserver le fragile équilibre

(c) les paragraphes 1(b) et 1(c) ne s'appliquent pas aux obligations imposées par une partie contractante importatrice en ce qui concerne le contenu des biens nécessaire pour pouvoir bénéficier de droits de douane ou de contingents préférentiels ;¹⁸

[(d) le paragraphe 1(i) ne s'applique pas aux obligations imposées par une partie contractante dans le cadre d'opérations de privatisation.]¹⁹

II. ARTICLES SUR LES MONOPOLES/LES ENTREPRISES D'ETAT/LES CONCESSIONS

A. Article sur les monopoles²⁰

[1. Aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée comme empêchant une partie contractante de maintenir, de désigner ou d'éliminer un monopole.]²¹

2. Chaque partie contractante [s'efforce d'accorder]²² accorde un traitement non discriminatoire lorsqu'elle désigne un monopole.

Paragraphe 3, chapeau :

3. Chaque partie contractante veille à ce que tout monopole à capitaux privés que ses autorités nationales [ou infranationales] [maintiennent]²³ ou désignent ou tout monopole public que ses autorités nationales [ou infranationales] maintiennent ou désignent :

instauré dans le cadre de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics. Il est généralement reconnu que cette question doit faire l'objet d'un examen approfondi de façon à assurer la cohérence entre les dispositions de l'AMI et celles de l'OMC. Néanmoins, l'inclusion des alinéas 1(b) et 1(c) reçoit plus de suffrages que l'inclusion des alinéas 1(f) et 1(h). Deux délégations proposent la note interprétative suivante pour clarifier la relation avec l'Accord de l'OMC sur les marchés publics :

“L'article sur les obligations de résultat n'affecte aucune des obligations qui peuvent exister en vertu de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics.”

Cette proposition n'a pas été examinée.

18. Une délégation propose que ce paragraphe soit assorti d'une note interprétative.

19. Plusieurs délégations proposent l'inclusion du paragraphe 5(d) pour éviter tout conflit potentiel entre les dispositions du paragraphe 1(i) et les opérations de privatisation. Une autre façon de résoudre le problème serait de supprimer le paragraphe 1(i). Deux délégations s'opposent à l'inclusion de cette disposition.

20. Une délégation réserve sa position pour toutes les obligations concernant les monopoles qui vont au-delà de celles du GATT et de l'AGCS.

21. Le droit, pour les gouvernements, de désigner ou de maintenir un monopole n'est pas contesté. Certaines délégations considèrent néanmoins que ce droit doit être expressément énoncé par souci de clarté et de sécurité. Ce droit pourrait également faire l'objet d'une note en bas de page ou d'une note interprétative concernant ce paragraphe. Mais d'autres délégations restent en faveur de la suppression de ce paragraphe, notamment parce qu'il pourrait soulever des problèmes ayant trait aux obligations de l'AMI en matière d'expropriation et d'indemnisation et à d'éventuelles obligations de l'AMI en matière d'accès au marché.

22. Certaines délégations souhaitent la suppression de ces crochets et d'autres leur maintien. Cette question se rattache à celle de l'inclusion des dispositions relatives aux concessions. Certaines délégations sont prêtes à accepter la suppression du texte entre crochets si l'AMI comporte des dispositions satisfaisantes pour les concessions.

Alinéa a)²⁴

- a) agisse d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les obligations de la partie contractante en vertu du présent accord lorsque ce monopole exerce des prérogatives réglementaires ou administratives ou d'autres prérogatives publiques que la partie contractante lui a déléguées en liaison avec le bien ou service faisant l'objet du monopole ;

Alinéa b)

- b) assure un traitement non discriminatoire aux investissements des investisseurs d'une autre partie contractante pour ses ventes du bien ou du service faisant l'objet du monopole [sur le marché en cause] ;

Alinéa c)

- c) assure un traitement non discriminatoire aux investissements des investisseurs d'une autre partie contractante pour ses achats du bien ou service faisant l'objet du monopole [sur le marché en cause]. Le présent paragraphe ne s'applique pas aux achats, par des organismes publics, de biens ou de services à des fins publiques, dans un but autre que la revente commerciale ou l'utilisation dans la production de biens ou de services en vue d'une vente commerciale²⁵ ;

-
23. Une délégation éprouve des difficultés avec la présence du terme "maintient", car cela pourrait créer des disciplines pour les contrats en vigueur entre les autorités publiques et ses monopoles à capitaux privés et pourrait avoir une incidence générale sur les droits des actionnaires existants. Une autre délégation estime que ce problème pourrait être aggravé si l'on prend en compte les entités infranationales. D'autres délégations jugent indispensable que les monopoles désignés par des autorités infranationales soient visés par les disciplines. Elles reconnaissent que la référence aux administrations nationales et infranationales pourrait n'être pas nécessaire au vu de la solution définie pour le traitement général des entités infranationales dans le cadre de l'AMI.
24. Un large accord s'est dégagé sur le fait que la question des pouvoirs réglementaires délégués des monopoles devrait faire l'objet d'une clause anti-contournement. Un grand nombre de délégations estiment que ce problème pourrait être abordé dans le contexte d'une clause anti-contournement de portée générale pour l'AMI.
25. Une délégation soulève la question du traitement de la sous-traitance d'activités de monopole. Une autre délégation demeure préoccupée par l'étendue de l'exclusion implicite dans la seconde phrase et souhaite sa suppression faisant observer qu'une grande partie, sinon la totalité, des activités essentielles des administrations publiques sont sans rapport avec la production de biens et de services en vue d'une vente commerciale.

Alinéa d)

Option 1²⁶

[d) n'utilise pas sa position de monopole, sur un marché non monopolisé de son territoire, pour se livrer, directement ou indirectement, y compris dans ses transactions avec sa société mère, sa filiale ou une autre entreprise à capitaux communs, à des pratiques anticoncurrentielles [pouvant]²⁷ avoir un effet négatif sur un investissement d'un investisseur d'une autre partie contractante, notamment par la fourniture discriminatoire du bien ou du service faisant l'objet du monopole, par des subventions croisées ou par un comportement d'éviction] ;²⁸

Option 2²⁹

[d) qui se livre, directement ou indirectement, ou par le biais d'une société affiliée, à une activité économique ne relevant pas de ses droits de monopole n'abuse pas de sa position de monopole pour cette activité en agissant d'une manière incompatible avec les obligations du présent accord ;]

Option 3 : suppression³⁰

26. Quatre délégations sont en faveur de cette option, jugée plus large et plus précise que l'Option 2.

27. Une délégation estime que l'adjonction de ce terme serait nécessaire pour prendre en compte le préjudice subi par les investisseurs étrangers dans la phase de pré-établissement.

²⁸ Une délégation accepte la suppression des termes “, et en particulier par un usage abusif des prix”, étant entendu que cette pratique est couverte par les termes “comportement d'éviction”. Une autre délégation estime que les termes “usage abusif des prix” ont une portée plus large que la notion de pratiques anticoncurrentielles.

29. Cette proposition, fondée sur l'article VIII de l'AGCS, a reçu l'appui de cinq délégations. Ces délégations considèrent que cette disposition serait utile pour traiter des activités des monopoles ne relevant pas de leurs droits de monopole, sans faire une trop grande intrusion dans le domaine de la politique de la concurrence. Une délégation s'interroge sur le point de savoir quels abus de position de monopole seraient “incompatibles” avec les obligations de l'AMI.

30. Certaines délégations estiment que les options 1 et 2 représentent une trop grande intrusion dans le domaine de la politique de la concurrence et sont en faveur de leur suppression. Deux délégations appuient l'option 2 par défaut, étant donné ses incidences plus limitées sur la politique de la concurrence. Une délégation est en faveur de l'option 3, estimant que les abus de position dominante relèvent de la politique de la concurrence.

Alinéa e)³¹

- e) Sauf pour se conformer à des conditions relatives à sa désignation qui ne sont pas incompatibles avec les alinéas (b), (c) ou (d), agisse uniquement en fonction de considérations commerciales pour ses achats ou ses ventes du bien ou service faisant l'objet du monopole sur le marché en cause, notamment en ce qui concerne le prix, la qualité, la disponibilité, la commerciabilité, le transport et d'autres conditions et modalités d'achat ou de vente.

Aucune disposition de l'article A ne peut être interprétée comme empêchant un monopole de pratiquer des prix différents sur les marchés géographiques différents, lorsque ces différences reposent sur des considérations commerciales normales, notamment la prise en compte de la situation de l'offre et de la demande sur ces marchés.

Les différences de prix visées à l'article A alinéa 3 (e) entre catégories de clients et entreprises affiliées et non affiliées ainsi que les subventions croisées ne sont pas en elles-mêmes incompatibles avec la présente disposition ; elles sont soumises au présent alinéa lorsqu'elles sont utilisées comme un instrument anticoncurrentiel par l'entreprise bénéficiant d'un monopole].

[Paragraphe 4³²

4. Chaque partie contractante peut, lors de l'élimination d'un monopole, formuler une réserve à l'accord en ce qui concerne une activité qui faisait précédemment l'objet du monopole.]

31. Cette proposition est présentée par deux délégations. Cependant, de nombreux délégués doutent qu'il soit possible et souhaitable d'exiger des monopoles qu'ils agissent en fonction de "considérations commerciales". Une délégation apporte un certain nombre de précisions en faveur de l'inclusion de l'alinéa e) :

L'alinéa e) présenterait l'avantage d'accroître la transparence : les considérations autres que commerciales doivent être à la fois non discriminatoires [comme indiqué aux alinéas (b), (c) et (d)] et clairement spécifiées dans les conditions relatives à la désignation. (A noter cependant que si un gouvernement souhaite poursuivre des objectifs sociaux et d'autres objectifs non économiques, il peut le faire par le biais de la désignation.) L'alinéa e) préciserait en outre que, indépendamment des conditions relatives à sa désignation, un monopole devrait agir en fonction de considérations commerciales, comme n'importe quelle entreprise (c'est-à-dire qu'il ne devrait pas utiliser son pouvoir de monopole pour influencer les marchés). De l'avis de cette délégation c'est là un point particulièrement important, étant donné le pouvoir potentiel des monopoles sur les marchés dans le contexte de l'entrée. Enfin, le libellé proposé des deux notes stipulerait clairement que pratiquer des prix différents à l'égard de clients différents, par exemple, pourrait être justifié sur la base des considérations commerciales. Il conviendrait d'envisager une définition des "considérations commerciales" comparable à la formulation acceptée dans l'article XVII du GATT. De nombreuses délégations doutent cependant qu'il soit possible et souhaitable d'exiger des monopoles qu'ils agissent en fonction de "considérations commerciales".

32. Proposition d'une délégation. Certaines délégations sont opposées au principe de la formulation de réserves après l'entrée en vigueur de l'AMI. Une autre délégation propose que ce type de réserves fasse l'objet d'un examen par le Groupe des parties, de façon à s'assurer qu'il n'y a pas d'incidence négative sur le niveau de libéralisation dans le cadre de l'AMI.

Paragraphe 5

5. Chaque partie contractante notifiée³³ au Groupe des parties tout monopole existant dans les [60]³⁴ jours à compter de l'entrée en vigueur de l'accord, toute création d'un monopole dans les [60] jours à compter de cette création et toute élimination d'un monopole [ainsi que les nouvelles réserves à l'accord s'y rapportant]³⁵ dans les [60] jours à compter de cette élimination.

Paragraphe 6

[6. L'arbitrage des différends entre l'investisseur et l'Etat n'est pas ouvert aux investisseurs d'une autre partie contractante ou à leurs investissements pour toute question découlant des paragraphes 3 (b), (c), (d) ou (e) du présent article.]³⁶

33. Une délégation propose que la notion de "notification préalable" exposée dans l'article VIII.4 de l'AGCS soit également examinée et que le Groupe des parties joue un rôle dans l'examen de toutes les notifications résultant de cet article.

34. Il est proposé de retenir comme option la période de trois mois, qui est la période de notification pour les monopoles prévue par l'article VIII.4 de l'AGCS. Cependant on estime que la durée de la période de notification pourrait être fixée de manière appropriée à la lumière des autres obligations de notification susceptibles de résulter de l'accord.

35. La question de la formulation de nouvelles réserves pour les monopoles est liée à la question traitée au paragraphe 4 du présent article.

³⁶ Certaines délégations ont expliqué que le paragraphe 3 (a), à la différence des paragraphes 3 (b), 3 (c) et 3 (e), instaure une discipline en ce qui concerne le contournement des obligations d'une partie contractante, notamment l'obligation de traitement non discriminatoire. Il faut donc que les options pour le règlement des différends soient les mêmes que lorsque ce sont les propres mesures d'une partie contractante qui sont contestées. Trois délégations soulignent par ailleurs la nouveauté et la complexité des dispositions proposées sur les monopoles, qui plaident en faveur d'une limitation des procédures de règlement des différends. Aux différends entre États exception faite des dispositions du paragraphe 3(a). Du reste, ces pays croient savoir que la plupart des États n'autorisent même pas leurs ressortissants à engager des actions "antitrust" privées devant leurs propres tribunaux ; il serait donc excessif de proposer l'examen, à l'initiative de parties privées, des pratiques anticoncurrentielles des monopoles conformément à l'alinéa 3(d). Ces délégations considèrent que le règlement des différends entre États devrait jouer un compromis utile en termes de procédure. Un grand nombre de délégations estiment toutefois que ce paragraphe devrait être supprimé car ils sont d'avis que les parties contractantes ne devraient prendre que des engagements qu'elles seront déterminées à défendre face aux investisseurs.

B. Article sur [les entreprises d'Etat] [les entités avec lesquelles une administration publique a une relation spécifique]

*Solution 1*³⁷

Pas d'article.

Solution 2

*i) Projet de texte pour une clause anti-contournement*³⁸

Option 1

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

Option 2

1. Chaque partie contractante veille à ce que toute entité à laquelle une autorité publique nationale ou infranationale a délégué des prérogatives réglementaires ou administratives ou d'autres prérogatives publiques agisse, dans l'exercice de ces prérogatives, d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les obligations de la partie contractante en vertu du présent accord.

37. Plusieurs délégations sont en faveur de cette solution. Certaines d'entre elles sont toutefois disposées à envisager la prise en compte des entreprises d'Etat dans le contexte d'une clause anti-contournement qui couvrirait toutes les entreprises, c'est-à-dire à la fois les entreprises d'Etat et les entreprises privées auxquelles des prérogatives ont été conférées par un niveau quelconque d'administration. Une délégation ne peut appuyer aucune des solutions présentées et soumettront une solution de rechange.

38. Les deux options traitent le problème de la prévention du contournement des obligations de l'AMI par le biais de la délégation de prérogatives réglementaires ou administratives ou d'autres prérogatives publiques à des entités qui ne sont pas visées par la clause anti-contournement pour les monopoles énoncée au paragraphe 3, alinéa a) de l'article sur les monopoles (voir section A ci-dessus). La première option ne s'applique qu'aux entreprises d'Etat lorsqu'elles exercent des prérogatives réglementaires ou administratives ou d'autres prérogatives publiques. La seconde option couvre toutes les entités, qu'elles soient à capitaux privés ou à capitaux publics, lorsqu'elles exercent des prérogatives réglementaires ou administratives ou d'autres prérogatives publiques. Certaines délégations considèrent que cette option avance trop loin dans le domaine des pratiques des entreprises. En revanche, d'autres délégations sont d'avis qu'il serait à la fois possible et souhaitable, pour donner son plein effet à la clause anti-contournement, de couvrir toutes les entités dès lors qu'elles se sont vu conférer une prérogative publique. Comme pour la clause anti-contournement relative aux monopoles, de nombreux délégués ont fait valoir cependant que ces questions pouvaient être traitées dans le contexte d'une clause anti-contournement générale de l'AMI.

ii) *Dispositions additionnelles*

a. **Pas de dispositions additionnelles**

b. *Proposition de deux délégations*³⁹

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

3. L'arbitrage des différends entre l'investisseur et l'Etat n'est pas ouvert aux investisseurs d'une autre partie contractante ou à leurs investissements pour toute question découlant du paragraphe 2 du présent article.⁴⁰]

c. *Proposition d'une délégation*⁴¹

[2. Chaque partie contractante veille à ce que toute entité qu'une autorité publique nationale ou infranationale détient ou contrôle au moyen d'une participation, ou avec laquelle une autorité publique nationale ou infranationale a des liens par le biais d'un acte particulier législatif, réglementaire ou administratif, de contrats ou de pratiques liés à certaines de ses activités, agisse d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les obligations de la partie contractante en vertu du présent accord.]

C. Définitions concernant les articles sur les monopoles [et les entreprises d'Etat]

Paragraphe 1

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

Paragraphe 2

Option 1

[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.]

39. Deux délégations estiment que ces dispositions sont justifiées car les entreprises d'Etat diffèrent des entreprises privées en raison de leurs liens avec les autorités publiques. Une délégation fait observer que lorsqu'une entreprise relève du droit civil et que l'Etat en est un actionnaire, l'Etat ne possède aucun privilège spécial vis-à-vis d'aucun autre actionnaire. Par conséquent, les pouvoirs publics ne détiennent aucune autorité spéciale pour influencer sur le comportement des entreprises.

40. Certaines délégations considèrent que ce paragraphe est nécessaire quelle que soit l'option retenue. Une délégation souhaiterait que ce paragraphe s'applique aussi bien au paragraphe 1 qu'au paragraphe 2.

41. Cette proposition est présentée en guise de compromis par une délégation, qui lui préfère néanmoins l'option a) (pas de dispositions additionnelles).

Option 2

2. “Désigner un monopole” signifie établir ou autoriser un monopole, ou élargir le champ d’un monopole.

Paragraphe 3

Option 1

3. [“Monopole” signifie une entité, notamment un consortium ou un organisme public, qui est désignée sur le marché en cause 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 laquelle a été octroyé un droit de propriété intellectuelle exclusif du seul fait de cet octroi.]⁴²

Option 2

3. On entend par “monopole” toute personne publique ou privée ou tout groupe de personnes publiques ou privées, quelle que soit leur nature juridique, désignés par une autorité publique nationale [ou locale] comme le seul fournisseur ou le seul acheteur d’un bien ou service commercial sur un marché du territoire d’une partie contractante ou sur une partie du territoire de celle-ci, [pour une durée indéterminée.]⁴³ [éventuelle exclusion pour les droits de propriété intellectuelle]

Option 3⁴⁴

[3. “Monopole” signifie une personne ou [entité] publique ou privée, notamment un consortium ou un organisme public, qui est désignée par une autorité publique nationale [ou locale] comme le seul fournisseur ou le seul acheteur d’un bien ou d’un service sur un marché [économique] en cause du territoire d’une partie contractante, mais ne comprend pas une personne ou une entité à laquelle a été octroyé un droit de propriété intellectuelle exclusif du seul fait de cet octroi.]

Paragraphe 4

Option 1

[4. On entend par “marché en cause” le marché géographique et commercial d’un bien ou d’un service.

Option 2

[4. On entend par “marché [économique] en cause” le marché géographique et de produits d’un bien ou d’un service sur le territoire de la partie contractante.]

⁴² Une délégation propose d’exclure des monopoles désignés par les autorités publiques les concessions portant des droits exclusifs [DAFFE/MAI/EG3/RD(96)14].

⁴³ On reconnaît que dans l’AMI une distinction doit être faite entre les monopoles et les concessions, mais de sérieux doutes ont été formulés quant à la validité du critère de la “durée indéterminée).

44. Une délégation juge l’option 3 acceptable sous réserve que l’article A, paragraphe 1 soit accepté. En ce cas, il serait peut-être préférable de remplacer au paragraphe 1 le terme “désigner” par le terme “établir”.

Paragraphe 5

5. On entend par “traitement non discriminatoire” le traitement national ou le régime de la nation la plus favorisée, selon le plus favorable des deux, tels qu’ils sont précisés dans le présent accord.⁴⁵

Paragraphe 6

[6. “Entreprise d’Etat” signifie, [sous réserve de l’annexe...,] une entreprise détenue, ou contrôlée au moyen d’une participation au capital, par une partie contractante.]⁴⁶

[D. Article sur les concessions ^{47 48}

Transparence

Toute concession devra être conforme aux principes suivants :

- a) les conditions de participation aux procédures d’attribution seront publiées en temps utile pour permettre aux candidats d’engager et, dans la mesure où cela est compatible avec le fonctionnement efficace du mécanisme d’attribution des concessions, d’accomplir les formalités de qualification ;⁴⁹
- b) les procédures d’attribution sont rédigées au moins dans une des langues officielles de l’OCDE. Si, pour une procédure d’attribution, une entité autorise la présentation des soumissions en plusieurs langues, l’une de ces langues sera l’une des deux langues officielles de l’OCDE.⁵⁰

Le présent article s’applique aux actes de délégation représentant une valeur égale ou supérieure à XX (montant à déterminer).

Le présente article ne s’applique pas aux actes de délégation qui confèrent au bénéficiaire un monopole au sens de l’article A.

45. Trois délégations doutent que cette définition soit nécessaire.

46. Un certain nombre de délégations doutent qu’une définition des entreprises d’Etat soit nécessaire.

47. Proposition d’une délégation. Il est admis qu’un lien existe entre la question des concessions et les monopoles [paragraphe 2 de l’article sur les monopoles (voir la section A)]. Les délégations en faveur de dispositions sur les concessions dans l’AMI sont prêtes à renoncer leur opposition à l’inclusion de la clause de “meilleurs efforts” au paragraphe 2, si les dispositions proposées sur les concessions sont incluses dans l’AMI. De nombreuses délégations doutent que cet article soit nécessaire. Certaines délégations estiment qu’il faut poursuivre les travaux pour clarifier les questions.

48. Une délégation a communiqué une note de synthèse au sujet des ressources naturelles et des concessions dans le cadre de l’AMI [DAFFE/MAI/ST/RD(97)2].

49. Un certain nombre de délégations considèrent que la question de la transparence revêt une importance particulière pour les concessions et que des dispositions spéciales sur ce point devraient être élaborées dans le cadre de l’AMI. D’autres délégations se demandent pourquoi des dispositions similaires n’ont pas été proposées pour les monopoles.

50. Une délégation propose que la réforme aux langues officielles de l’OCDE soit remplacée par une référence aux langues officielles des Nations Unies. Deux délégations s’interrogent sur la nécessité d’imposer une obligation de langue pour la publication des procédures d’attribution.

*Définition*⁵¹

On entend par “concession” toute délégation, directe ou indirecte, entraînant un transfert d’exploitation d’activités exécutées par une autorité publique ou parapublique nationale ou infranationale.

L’acte de délégation est effectué soit par une disposition législative, réglementaire ou administrative ou par une politique établie, soit par un contrat de caractère public ou privé. La délégation a pour objet de confier à une entité juridique distincte la gestion de réseaux ou d’infrastructures ou l’exploitation de ressources naturelles, éventuellement associées à la construction de tout ou partie des réseaux ou infrastructures.

[*Si nécessaire* : L’acte juridique de délégation comporte les modes de rémunération de l’investisseur. Cette rémunération peut prendre toute forme de prix perçu sur l’usager, de redevance, de licence fiscale, de subvention ou de contribution versée par l’autorité délégante, ou de combinaison de ces différents modes.]

51. Cette proposition doit être examinée de façon plus approfondie. Une délégation souhaite qu’il ne soit pas fait référence aux ressources naturelles. En ce qui concerne les ressources minérales, notamment les hydrocarbures, la Norvège propose également de remplacer l’alinéa (vii) de la définition actuelle de l’“investissement” de l’AMI par le texte suivant :

- “Les droits conférés par la loi ou par un contrat en ce qui concerne la propriété de ressources minérales, et notamment d’hydrocarbures ;
- les droits conférés par des dispositions législatives, réglementaires, administratives ou contractuelles ou par des actes adoptés en vertu de ces dispositions, par lesquels les autorités compétentes d’une partie contractante accordent à un investisseur ou à un groupe d’investisseurs, pour leur propre compte et à leurs propres risques, le droit exclusif de prospecter, d’explorer ou de produire des minéraux, notamment des hydrocarbures, dans une certaine zone géographique.”