



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 DU 2 JUILLET 1997

(Rapport au Groupe de négociation)

RAPPORT AU GROUPE DE NEGOCIATION

J'ai l'honneur de soumettre le rapport ci-joint sur les thèmes spéciaux, qui présente les résultats des consultations informelles du 2 juillet 1997.

Président

TABLE DES MATIERES

I.	ARTICLE SUR LES CADRES DIRIGEANTS [ET LA COMPOSITION DU CONSEIL D'ADMINISTRATION].....	4
II.	ARTICLE SUR LES OBLIGATIONS EN MATIERE D'EMPLOI.....	4
III.	ARTICLE SUR LES OBLIGATIONS DE RESULTAT	5
IV.	ARTICLES SUR LES MONOPOLES, LES ENTREPRISES D'ETAT ET LES CONCESSIONS	11

I. ARTICLE SUR LES CADRES DIRIGEANTS [ET LA COMPOSITION DU CONSEIL D'ADMINISTRATION¹]

Une partie contractante ne pourra exiger d'une de ses entreprises qui est un investissement d'un investisseur d'une autre partie contractante qu'elle désigne à un poste de cadre dirigeant [et comme membre d'un conseil d'administration]² des personnes d'une nationalité déterminée.

II. ARTICLE SUR LES OBLIGATIONS EN MATIERE D'EMPLOI³

Une 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 valide 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.

-
1. Trois délégations maintiennent une réserve en ce qui concerne la portée de l'article relatif à la composition du conseil d'administration.
 2. Dans leur grande majorité, les délégations considèrent qu'il n'est pas nécessaire de définir les termes "poste de cadre dirigeant" et "membre d'un conseil d'administration".
 3. Il est entendu que cet article n'interférerait pas avec les lois nationales en matière de non-discrimination et avec la législation nationale du travail.

III. ARTICLE SUR LES OBLIGATIONS DE RESULTAT⁴

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'exécution⁵ d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une partie contractante ou d'une partie non contractante⁶, :

- (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 services⁷ 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 ;

4. Une délégation réserve sa position pour toutes les disciplines 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. Une autre délégation maintient également une réserve en ce qui concerne la portée de l'article. Une troisième délégation réserve sa position en ce qui concerne la portée des paragraphes 3 et 5 de cet article.

5. 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".

6. 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 lié à un avantage) aux "obligations" imposées par les pouvoirs publics. Frapper d'interdiction uniquement 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".

7. Il est entendu que l'alinéa (c) n'est pas censé couvrir la prestation de services transfrontières telle que définie dans l'AGCS. Il apparaît qu'on pourrait consigner ce fait en utilisant le libellé suivant : "cette disposition n'oblige pas une partie contractante à permettre les échanges transfrontières de services au-delà des obligations qu'elle a souscrites en vertu de l'AGCS." Cet accord pourrait également s'insérer dans une disposition générale relative aux liens entre l'AMI et l'AGCS. Une délégation réserve sa position au sujet de l'inclusion du terme "services" au paragraphe 1 (c) pour ce qui est des obligations liées à l'octroi d'un avantage. **Lors des discussions, on a également noté que la question des liens entre l'AMI et l'AGCS pouvait être traitée de différentes façons, notamment au moyen de notes spécifiques en bas de page.**

- (e) limiter sur son territoire les ventes de biens ou de services que cet investissement permet de produire ou de fournir, en liant ces ventes au volume ou à la valeur des exportations ou des rentrées de devises résultant de cet investissement ;
- (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 concurrence, [ou
 - concerne le transfert de droits de propriété intellectuelle et s'opère d'une manière expressément autorisée par les articles ... de l'accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce] ;⁸
- (g) localiser son siège, pour une région déterminée ou pour le marché mondial, sur le territoire de cette partie contractante⁹ ;
- (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 ;]¹⁰

8. Il faudra finaliser le libellé exact de ce paragraphe en concertation avec les experts de la propriété intellectuelle, mais on a jugé souhaitable d'adopter une nouvelle présentation afin de distinguer entre les situations découlant de l'application du droit de la concurrence et les situations relevant de l'accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce. Les délégations sont invitées à réfléchir à la formulation qui conviendrait le mieux pour le deuxième tiret de l'alinéa (f). Il est entendu que la notion de "savoir-faire exclusif" est plus large que la notion de "secrets commerciaux" et peut englober les informations non divulguées rassemblées par un investisseur. **L'expression "expressément autorisée" est plus étroite que l'expression "qui ne soit pas incompatible" qu'elle remplace.**

9. Une délégation réserve sa position en ce qui concerne le paragraphe (g) et note 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..

10. Afin d'obtenir un article sur les obligations de résultat suffisamment solide, comportant les éléments qui figurent au point (i), tout en évitant les effets non voulus que cela pourrait avoir sur des mesures internes et légitimes, une délégation a proposé la note interprétative suivante :

"Pour lever tout doute, cette disposition n'affecte pas les obligations **généralement** applicables en matière de constitution d'une société, en matière de sécurité ou en matière prudentielle résultant d'obligations contractuelles ou d'autorisations concernant un investissement généralement exigées dont la finalité n'est pas d'autoriser l'investissement en tant que tel, par exemple les permis de construire ou les autorisations similaires."

Tout en faisant savoir qu'elles appréciaient ce projet de note et en reconnaissant qu'on prenait ainsi en compte certaines des préoccupations exprimées précédemment par les délégations [DAFFE/MAI/ST(97)11/REV1, section I, note 7], notamment pour les contrats de construction/exploitation/transfert et pour les permis de construire, plusieurs délégations considèrent néanmoins que cette proposition ne couvrirait pas toutes les situations et pourrait avoir des conséquences

(j) atteindre un niveau donné d'emploi ou recruter un niveau donné de personnel local ;]¹¹

(k) établir une coentreprise¹² ; ou

(l) atteindre un niveau minimum de participation locale au capital.]]¹³

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 par une partie contractante ou une partie non contractante, au respect d'obligations ou d'engagements visés au paragraphe [1(a) et] 1(f) à 1(l).¹⁴

non voulues allant à l'encontre d'objectifs réglementaires légitimes et du bon fonctionnement de l'économie. Ce libellé ne couvre pas, par exemple, la protection des consommateurs ou la santé, les obligations particulières en matière d'emploi se rattachant à certains projets (exploitation d'un pont international, création d'"aires alimentaires" dans les bâtiments publics, concessions accordées sur la base d'un travail effectif) **ou les activités des pouvoirs publics qui relèvent des mesures antidumping**. On peut imaginer pour tous les éléments de l'alinéa (i) des scénarios qui pourraient soulever des problèmes. Un certain nombre de délégations ont également fait savoir qu'elles ne pouvaient pas accepter les disciplines proposées pour les programmes économiques régionaux, les programmes de création d'emplois ou les programmes sociaux. Une délégation appuie la suppression de l'alinéa (i) en ce qui concerne les engagements de production, d'investissement et d'emploi se situant dans le cadre de programmes de privatisation. Pour toutes ces raisons, plusieurs délégations restent en faveur de la suppression de l'alinéa (i). Elles considèrent également qu'il serait plus sage de s'en remettre à l'obligation de traitement national. D'autres délégations demeurent d'avis qu'il vaut la peine d'étudier comment on pourrait prendre en compte les préoccupations légitimes. Les délégations sont invitées à réfléchir encore à cette question et à soumettre des propositions de solution avant la prochaine réunion informelle consacrée aux thèmes spéciaux.

11. On a jugé utile de regrouper les obligations de résultat en matière d'emploi et d'embauche dans une seule rubrique et de faire passer la référence au niveau d'emploi de la l'alinéa (i) à l'alinéa (j), tout en reconnaissant que ces termes s'appliquent à des situations différentes. Plusieurs délégations considèrent que la notion de personnel local pourrait englober la notion de "nationaux". Certaines délégations estiment toutefois que l'inclusion des termes "personnel local" soulève des problèmes et qu'il faudrait employer le terme "nationaux". Une délégation a fait observer que l'expression "personnel local" pouvait être interprétée en ce sens qu'elle interdirait de fait toutes les obligations de résidence. Elle a également rappelé que le Président du Groupe de négociation avait proposé que les obligations de résidence ne soient pas considérées comme incompatibles avec les obligations de l'AMI [DAFFE/MAI(97)14]. Quelle que soit la portée finale de l'alinéa (j), il a été confirmé que cet alinéa ne recouvrait pas l'article de l'AMI consacré aux obligations en matière d'emploi (voir la section II), puisqu'il vise à couvrir certaines obligations de résultat exprimées en nombre ou en pourcentage de salariés, alors que l'article relatif aux obligations en matière d'emploi a trait aux problèmes de discrimination entre les personnes physiques titulaires d'un permis valide de séjour et de travail dans une partie contractante.
12. On a rappelé que lorsque le Groupe de négociation a examiné les questions relevant des paragraphes k) et l), les délégations ont exprimé dans leur majorité leur préférence pour la solution consistant à faire figurer ces deux rubriques dans l'article sur les obligations de résultat, tout en reconnaissant qu'elles étaient correctement prises en compte dans les dispositions relatives au traitement national et au régime NPF [DAFFE/MAI/M(97)4]. L'avantage serait de montrer très clairement aux investisseurs que les obligations de résultat de ce type sont interdites.
13. Une délégation a souligné que l'alinéa (l) pouvait soulever des problèmes dans le domaine du droit des sociétés pour les actions déposées à titre de garantie.
14. Plusieurs délégations ne sont pas satisfaites par les paragraphes 2 et 3, tout en reconnaissant que leurs préoccupations concernent également la manière dont l'ensemble de l'article sur les obligations de résultat

3. Aucune disposition des paragraphes [1(a),], 1(b), 1(c), 1(d) et 1(e)¹⁵ 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 du personnel

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 des paragraphes 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 ;

(c) nécessaires pour la conservation des ressources naturelles épuisables, biologiques ou autres.]¹⁶

a été conçu. Les délégations sont invitées à réfléchir, pour la prochaine série de consultations consacrées aux thèmes spéciaux, sur la façon de mieux distinguer les éléments relevant de chaque article.

Un grand nombre d'observations concernant la portée du paragraphe 2 ont été maintenues. En particulier, le terme "engagements" serait supprimé en cas d'adoption de la proposition du Canada pour le chapeau du paragraphe 1. Deux délégations restent en faveur de l'inclusion de l'alinéa 1(a). Une délégation a indiqué que cette inclusion est nécessaire pour couvrir notamment le soutien aux exportations agricoles et les programmes d'aide à la commercialisation. Pour sa part, une autre délégation a fait état de préoccupations se rapportant à la prise en compte des services. Une troisième 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 délégation souligne la difficulté de distinguer, dans nombre de cas, entre les programmes de promotion des exportations et les programmes d'aide extérieure. Elle estime donc que les deux termes doivent être conservés. **Selon le représentant de l'OMC, la présence de l'alinéa 1 (a) pourrait permettre dans le cadre de l'AMI toute une série de mesures qui sont incompatibles avec les interdictions figurant à l'article 3 de l'accord sur les subventions et les mesures compensatoires ; la question se pose donc de savoir comment préserver les droits et obligations en vertu de cet accord.** Plusieurs délégations ne voient pas quel est le lien entre les alinéas (g), (h), (k) et (l) et le bénéfice d'un avantage et proposent donc que ces alinéas ne soient pas mentionnés au paragraphe 2. Certaines délégations sont favorables à la suppression de la référence à l'alinéa 1(f). Une délégation considère que le paragraphe 2 devra en tout état de cause exclure les activités de production et de vente énumérées à l'alinéa (i) du paragraphe 1.

15. 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 le contenu du paragraphe 2.

16. 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 restent également préoccupées par la large portée de l'alinéa (a). Une solution possible de compromis, appuyée par une majorité de délégations, pourrait consister à remplacer le paragraphe 4 par la note interprétative suivante proposée par le Japon :

5. (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 extérieure¹⁷ ;

[(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'État¹⁸ ; et]¹⁹

“A la condition que ces mesures ne soient pas appliquées d'une manière arbitraire ou injustifiable, ou ne constituent pas une restriction déguisée à l'investissement, aucune disposition des paragraphes 1(b) et 1(c) ne peut être interprétée comme empêchant une partie contractante d'adopter ou de maintenir des mesures nécessaires pour assurer la conformité aux [lois et réglementations environnementales] [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 ou de la santé humaine ou animale ou pour la protection des végétaux].”

Une délégation considère que la phrase “qui ne sont pas par ailleurs incompatibles avec les dispositions du présent accord” n'a pas lieu d'être dans cette proposition. Les délégations sont invitées à réfléchir de quelle manière pourrait être amélioré le texte de la note interprétative.

Une délégation estime également que les autres dispositions générales prévues pour les échanges internationaux à l'article XX du GATT 1994, et notamment celles qui figurent aux paragraphes (c) -- l'importation ou l'exportation de l'or ou de l'argent --, (d) -- les mesures nécessaires pour assurer l'application des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec l'accord -- et (g) -- la conservation des ressources naturelles -- pourraient également entrer en ligne de compte dans le contexte de l'interdiction des obligations de résultats visées aux paragraphes 1(a), (b) et (c). On pourrait à cet effet rédiger une note interprétative spécifique du type suivant :

“A condition que ces mesures ne soient pas appliquées de manière arbitraire ou injustifiée ou ne constituent pas une restriction déguisée à l'investissement, aucune disposition des paragraphes 1(a), (b) et (c) ne peut être interprétée comme empêchant une partie contractante d'appliquer des mesures commerciales figurant [à l'article XX du GATT 1994] [dans le GATT 1994].

Certaines délégations doutent qu'une note interprétative supplémentaire soit nécessaire. Les délégations sont toutefois invitées à clarifier leur position à ce sujet en vue de la prochaine série de consultations.

17. Il a été convenu que le paragraphe (a) devait traiter à la fois des mesures de promotion des exportations et des programmes d'aide extérieure. Une délégation propose que le paragraphe 5(a) soit remplacé par la note interprétative suivante :

“A condition que ces mesures ne soient pas appliquées de manière arbitraire ou injustifiable, ou ne constituent pas une restriction déguisée à l'investissement, aucune disposition du paragraphe 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 d'une partie contractante ou d'une partie non contractante réalisé sur son territoire, au respect d'obligations d'éligibilité pour les biens et 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'État.”

18. Il conviendrait de définir le terme “entreprise d'État”.
19. 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) donnerait ce résultat ou pourrait au contraire être interprétée comme étant incompatible avec les engagements pris dans le cadre de l'accord de l'OMC sur les marchés publics. D'autres délégations sont d'avis que le libellé proposé n'atteint pas cet objectif qu'elles jugent nécessaire étant donné que les disciplines de l'OMC ne s'appliquent pas de la même

(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 ;²⁰

[(d)le paragraphe 1(i) ne s'applique pas aux obligations imposées par une partie contractante dans le cadre d'opérations de privatisation.]²¹

manière à tous les pays et à tous les organismes publics et qu'il serait souhaitable de préserver le fragile équilibre instauré dans le cadre de l'accord de l'OMC sur les marchés publics. Le Japon a proposé que ce paragraphe fasse l'objet d'une note interprétative. L'opinion générale est 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 les liens 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.”

Les autres délégations ont réagi favorablement à cette proposition.

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

21. Plusieurs délégations sont en faveur de 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. **Les liens entre le paragraphe 5 proposé et les droits et obligations en vertu de l'accord de l'OMC sur les subventions et les mesures compensatoires devraient faire l'objet d'un examen plus approfondi.**

IV. ARTICLES SUR LES MONOPOLES, LES ENTREPRISES D'ETAT ET CONCESSIONS

A. Article sur les monopoles²²

[1. Aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée comme empêchant une partie contractante de maintenir, de désigner ou d'éliminer un monopole.]²³

2. Chaque partie contractante [s'efforce d'accorder]²⁴ 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]²⁵ ou désignent ou tout monopole public que ses autorités nationales [ou infranationales] maintiennent ou désignent :

Alinéa a)²⁶

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 ;

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

23. 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.

24. Les délégations restent divisées sur le point de savoir s'il faut supprimer ces crochets. 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.

25. 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 ces 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.

26. 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.

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 commerciale²⁷ ;

Alinéa d)

Option 1²⁸

- [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 avoir]²⁹ [ayant] 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] ;³⁰

-
27. 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 en 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.
28. Quatre délégations sont en faveur de cette option, jugée plus large et plus précise que l'option 2.
29. 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.
30. 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.

*Option 2*³¹

[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 : suppression*³²

[Alinéa e)³³

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

31. 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.

32. 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 son incidence plus limitée 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.

33. 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 d'une 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 de 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".

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 4³⁴

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.]

Paragraphe 5

5. Chaque partie contractante notifiée³⁵ au Groupe des parties tout monopole existant dans les [60]³⁶ 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]³⁷ dans les [60] jours à compter de cette élimination.

Paragraphe 6

[6. L'arbitrage des différends 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 des paragraphes 3 (b), (c), (d) ou (e) du présent article.]³⁸

34. 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 les réserves de ce type fassent l'objet d'un examen par le Groupe des parties, de façon à s'assurer qu'elles n'aient pas d'incidence négative sur le niveau de libéralisation dans le cadre de l'AMI.

35. 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.

36. Il est proposé de retenir comme autre option le délai de trois mois, qui est le délai 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.

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

38. 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 pour 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

B. Article sur [les entreprises d'État] [les entités avec lesquelles une administration publique entretient des relations spécifiques]

*Solution 1*³⁹

Suppression

Solution 2

*i) Projet de texte pour une clause anti-contournement*⁴⁰

Option 1

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 prérogatives réglementaires ou administratives ou d'autres prérogatives publiques que la partie contractante lui a déléguées.

compromis utile en termes de procédure. Un grand nombre de délégations estiment toutefois que ce paragraphe devrait être supprimé, car elles sont d'avis que les parties contractantes ne devraient prendre que des engagements qu'elles seront déterminées à défendre face aux investisseurs.

39. Plusieurs délégations sont en faveur de cette solution. Certaines d'entre elles sont toutefois disposées à envisager la prise en compte des entreprises d'État dans le contexte d'une clause anti-contournement qui couvrirait toutes les entreprises, c'est-à-dire à la fois les entreprises d'État et les entreprises privées auxquelles des prérogatives publiques ont été conférées par un niveau quelconque d'administration.

40. Les trois 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'État 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. **La troisième option, proposée par une délégation, ne comporte pas les termes "entreprise d'État", que cette délégation juge inadéquats pour protéger les investisseurs contre des actions de contournement.** Certaines délégations considèrent que les options 1 et 2 constituent une trop grande intrusion 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.

Option 2

1. Chaque partie contractante veille à ce que toute entité à laquelle une autorité publique nationale ou infranationale⁴¹ 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.

Option 3

1. Chaque partie contractante veille à ce que toute entité qu'elle détient ou contrôle et/ou à laquelle elle a délégué des prérogatives réglementaires ou administratives ou d'autres prérogatives publiques agisse d'une manière qui soit compatible 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.

ii) Dispositions additionnelles

a. Pas de dispositions additionnelles

b. Proposition de deux délégations⁴²

[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.

3. L'arbitrage des différends 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.⁴³]

c. Proposition d'une délégation⁴⁴

[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 liées 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.]

41. La question de savoir s'il faut faire expressément référence à la fois aux autorités nationales et infranationales est également fonction de la façon dont ce point sera traité dans la définition des monopoles (voir la section C, paragraphe 3).

42. Deux délégations estiment que ces dispositions sont justifiées car les entreprises d'État 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'État en est actionnaire, l'État 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.

43. 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.

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

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

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'État ou les autorisant à exercer de telles prérogatives.

Paragraphe 2

2. “Désigner un monopole” signifie établir ou autoriser un monopole, ou élargir le champ d'un monopole.⁴⁵

Paragraphe 3

3. “Monopole” signifie une personne ou une entité qui est désignée par une autorité [nationale [ou infranationale]⁴⁶ [une partie contractante] comme le seul fournisseur ou le seul acheteur d'un bien ou d'un service sur un marché en cause du territoire d'une partie contractante [, mais ne comprend pas une personne ou une entité à laquelle a été octroyée à titre exclusif un droit de propriété intellectuelle]⁴⁷, une concession, une licence, une autorisation ou un permis]⁴⁸ du seul fait de cet octroi.

45. Une délégation maintient une réserve d'examen pour ce paragraphe, cette réserve étant également liée à la portée du chapeau du paragraphe 3 de l'article concernant les monopoles.

46. Dans leur grande majorité, les délégations considèrent que, pour l'essentiel, les disciplines de l'AMI concernant les monopoles doivent s'appliquer à tous les niveaux d'administration. Ce résultat pourrait être obtenu de différentes manières. L'option préférée par la plupart des délégations qui sont de cet avis consisterait à remplacer les termes “autorité publique nationale ou infranationale” par “partie contractante”. Cela aurait l'avantage d'assurer une portée uniforme de ce dernier terme dans l'ensemble de l'accord. D'autres délégations relevant de ce groupe considèrent que le meilleur moyen de prendre en compte tous les monopoles désignés serait de faire expressément référence aux autorités infranationales dans la définition. Une délégation suggère un autre libellé : “l'autorité compétente d'une partie contractante” ; ce libellé a été considéré par les délégations qui sont en faveur de la définition la plus large des monopoles comme une solution de compromis très prometteuse, et il faudra l'examiner de plus près. Deux délégations restent en faveur d'une définition se limitant aux monopoles désignés par les autorités nationales et ils proposent de supprimer la référence aux autorités publiques “locales” ou “infranationales”.

47. Un large accord s'est dégagé sur le fait que la définition des monopoles devrait exclure expressément les droits exclusifs découlant de droits de propriété intellectuelle. Certaines délégations ont réservé leur position dans l'attente des résultats, notamment, de l'examen des liens entre les monopoles et les concessions, les autorisations, etc.

48. Certaines délégations [pour les motifs indiqués dans le document DAF/MAI/EG3/RD(96)14] considèrent que les concessions, licences, autorisations ou permis à titre exclusif doivent être exclus de la définition des monopoles. Elles notent que les termes “concession, licence, autorisation ou permis” figurent au point (vii) de la définition de l'investissement dans l'AMI.

Lors de discussions antérieures, un grand nombre de délégations ont appuyé un compromis consistant en une note distincte concernant le paragraphe 3, qui serait libellée comme suit :

“** Cette définition ne couvre pas les personnes ou entités auxquelles ont été accordé un droit exclusif de propriété intellectuelle du seul fait de cet octroi. Les “concessions” et “autorisation” impliquent une désignation par une autorité publique, mais n'entraînent pas nécessairement des droits de monopole.”

Paragraphe 4

4. On entend par “marché en cause” le marché géographique et le marché de produit d’un bien ou d’un service sur le territoire de la partie contractante.⁴⁹

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.⁵⁰

Paragraphe 6

[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.]⁵¹

[D. Article sur les concessions^{52 53}

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 ;⁵⁴

49. Certaines délégations ont proposé d’insérer l’adjectif “commercial” après “bien ou service” afin de préciser, en particulier, que le “marché en cause” dans le cas d’un monopole ne couvre pas les services publics comme la délivrance d’un passeport ou d’un permis de conduire. Dans leur majorité, les délégations ont également reconnu que la présence des termes “sur le territoire de la partie contractante” à la fin de ce paragraphe offre l’avantage de mieux préciser la notion de “marché en cause”, également utilisée aux paragraphes 3 (b) et 3 (c) de l’article A sur les monopoles. La présence de ces termes éviterait en outre d’avoir à effectuer une référence similaire au paragraphe 3 pour la définition du “monopole”. Une délégation considère qu’il faut améliorer la définition proposée afin qu’elle soit plus précise et plus claire.

50. Trois délégations doutent que cette définition soit nécessaire.

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

52. Proposition d’une délégation. Il est admis qu’un lien existe entre la question des concessions et la question des 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 ces questions.

53. 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].

54. 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.

- 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.⁵⁵

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

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

Définition⁵⁶

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'utilisateur, de redevance, de licence fiscale, de subvention ou de contribution versée par l'autorité délégante, ou de combinaison de ces différents modes.]

55. Une délégation propose que la référence 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.

56. Cette proposition doit être examinée de façon plus approfondie. La Norvège souhaite qu'il ne soit pas fait référence aux ressources naturelles. En ce qui concerne les ressources minérales, notamment les hydrocarbures, une délégation propose également de remplacer l'alinéa (vii) de la définition actuelle de l'"investissement" dans 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.”