



## **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 DES 27 ET 29 OCTOBRE 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 discussions informelles des 27 octobre et 29 octobre 1997 (après-midi).

Président

## TABLE DES MATIÈRES

I.	ARTICLE SUR L'OBLIGATION DE NATIONALITE POUR LES CADRES SUPERIEURS, LES DIRECTEURS ET LES ADMINISTRATEURS .....	4
II.	ARTICLE SUR LES OBLIGATIONS EN MATIERE D'EMPLOI .....	4
III.	ARTICLE SUR LES OBLIGATIONS DE RESULTAT .....	5
IV.	ARTICLE SUR LA PRIVATISATION .....	11
V.	ARTICLES SUR LES MONOPOLES, LES ENTREPRISES D'ETAT ET CONCESSIONS.....	15
VI.	ENTITES INVESTIES DE PREROGATIVES PUBLIQUES DELEGUEES .....	23
VII.	ARTICLE SUR LES INCITATIONS A L'INVESTISSEMENT .....	24

## **I. ARTICLE SUR L'OBLIGATION DE NATIONALITE POUR LES CADRES SUPERIEURS, LES DIRECTEURS ET LES ADMINISTRATEURS**

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 supérieur, de directeur<sup>1</sup> et de membre d'un conseil d'administration<sup>2</sup> des personnes d'une nationalité déterminée.

## **II. ARTICLE SUR LES OBLIGATIONS EN MATIERE D'EMPLOI<sup>3</sup>**

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. Les définitions des termes « cadre supérieur » et « directeur » sont les mêmes que celles figurant dans l'article sur l'admission, le séjour et l'emploi temporaires des investisseurs et du personnel clé du texte et commentaire consolidés [DAFFE/MAI(97)1/REV2]. On pourrait examiner plus tard la localisation de ces définitions dans l'accord. Il est entendu que les différences techniques entre les définitions de l'AMI et les définitions nationales de ces termes pourraient être soulignées dans les réserves spécifiques des pays.
  2. Trois pays maintiennent une réserve quant à la prise en compte des administrateurs. Étant donné la diversité des régimes de gouvernement d'entreprise d'un pays à l'autre, il est proposé que l'AMI s'appuie sur les définitions nationales.
  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 RESULTAT<sup>4</sup>

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, l'entretien, l'utilisation, la jouissance, la vente ou autre aliénation<sup>5</sup> d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une partie contractante ou d'une partie non contractante<sup>6</sup> :

- (a) exporter un volume ou un pourcentage donné de biens ou de services ;
- (b) atteindre un niveau ou un pourcentage donné de contenu national ;

---

4. Un pays 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. Un autre pays maintient également une réserve en ce qui concerne la portée de l'article. Un troisième pays réserve sa position en ce qui concerne la portée des paragraphes 3 et 5 de cet article.

5. Les délégations s'accordent à penser que la liste des opérations d'investissement dans l'article sur les obligations de résultat ne devrait pas citer le terme de « conduite » dans le chapeau car ceci ne serait pas compatible avec la liste concernant le Traitement national/régime NPF. Les délégations envisagent l'ajout de tout ou partie de la phrase « l'entretien, l'utilisation, la jouissance, la vente ou autre aliénation » avant « d'un investissement », que l'on trouve dans les articles concernant le Traitement national/régime NPF. Un pays se demande si les obligations de résultat peuvent s'appliquer à la vente ou autre aliénation. Les délégations sont invitées à finaliser leur position sur ce sujet pour le prochain cycle de consultations informelles.

6. Un pays a présenté une note explicative concernant la formulation de l'article 1106 de l'ALENA [DAFFE/MAI/ST/RD(97)7] qui, du point de vue de ce pays, est bien plus clair que l'article proposé de l'AMI sur les obligations de résultat. Afin d'améliorer les articles de l'AMI, ce pays 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.

Selon ce pays, 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 ce pays, 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 » dans l'article de l'AMI, l'adjonction proposée limiterait l'interdiction dans le deuxième cas (obligation de résultat lié à un avantage) aux « obligations » imposées par les pouvoirs publics. Étendre cette interdiction uniquement à certains et non à tous les « engagements » interférerait indûment avec les pratiques des pouvoirs publics concernant les engagements « volontaires » en contrepartie d'un avantage et pourrait imposer aux parties contractantes une lourde charge pour la formulation de réserves relatives aux accords entre les pouvoirs publics et les entreprises qui contiennent des engagements volontaires « interdits ».

Toutefois, les autres délégations sont d'avis qu'il n'est pas utile de modifier la structure de l'article. Afin de clarifier la portée de ce paragraphe, le Président invite les délégations à envisager l'ajout suivant à la fin du chapeau : « y compris comme condition de bénéfice ou de maintien du bénéfice d'un avantage ».

- (c) acheter, utiliser ou privilégier des biens produits ou des services<sup>7</sup> 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) 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 qui n'est pas incompatible avec l'accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce<sup>8</sup> ;
- (g) localiser son siège, pour une région déterminée ou pour le marché mondial, sur le territoire de cette partie contractante<sup>9</sup> ;

---

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. Un pays 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.

8. Le libellé exact de ce tiret est en train d'être finalisé en concertation avec les experts de la propriété intellectuelle. Il reste à voir comment cet article s'articulera avec d'autres accords telles que les Conventions de Rome et de Berne. Plusieurs experts en propriété intellectuelle suggèrent une alternative à la référence à l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle (Accord sur les ADPIC) afin de rappeler la préoccupation constante de couvrir les droits de propriété intellectuelle à venir. Les paragraphes 1(b) et 1(c) peuvent également avoir des implications pour les droits de propriété intellectuelle. Certaines délégations notent qu'une disposition générale ayant pour objectif d'interpréter les obligations en vertu de l'AMI de manière compatible avec les obligations en vertu d'autres accords internationaux permettrait d'éviter le recours à des termes spécifiques aux droits de propriété intellectuelle. Il est entendu que la notion de « savoir-faire exclusif » est plus large que la notion de « secrets commerciaux » ou d'« informations non révélées » (voir l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC) et peut englober les informations non divulguées rassemblées par un investisseur à partir de sources mises à la disposition du public « à la sueur de son front ».

9. Un pays 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..

(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 recherche-développement sur son territoire<sup>10</sup> ;]

[(j) recruter un niveau donné de personnel local<sup>11</sup> ;]

(k) établir une coentreprise avec participation locale<sup>12</sup>

(l) atteindre un niveau minimum de participation locale au capital, compte non tenu des actions en faible nombre dont doivent être titulaires les administrateurs ou fondateurs de sociétés<sup>13</sup>.

- 
10. La majorité des délégations soutiennent ou acceptent l'inclusion du paragraphe 1(i). Certaines délégations, qui partagent ce point de vue, suggèrent que le paragraphe 1(i) devrait couvrir également les obligations d'atteindre un certain niveau ou une certaine valeur d'investissement. Un pays maintient une réserve d'examen et s'oppose à toute formule qui élargirait la portée du texte actuel du paragraphe 1(i). D'autres délégations maintiennent leur point de vue selon lequel cette disposition devrait être supprimée. Étant donné que la portée du paragraphe 1(i) a été considérablement réduite, le Président propose la suppression des crochets et la rétention du texte entre crochets.
11. Une majorité de délégations soutiennent ou acceptent l'inclusion du paragraphe 1(j). Il est confirmé que cette disposition ne provoquerait pas de chevauchement avec l'article de l'AMI sur les obligations en matière d'emploi, puisque ce qu'on vise dans ce paragraphe, ce sont les obligations particulières de résultat exprimé en nombre ou en pourcentage de salariés, alors que l'article sur les obligations en matière d'emploi concerne les problèmes de discrimination entre personnes physiques titulaires d'un permis valide de séjour et de travail dans une partie contractante. Il est également confirmé que les obligations de résidence permanente ne seraient pas incompatibles avec l'interdiction suggérée concernant l'emploi de nationaux. Plusieurs pays souhaiteraient la suppression de ce paragraphe. Un pays indique que cette obligation pourrait aller à l'encontre de politiques nationales d'emploi. Une autre délégation souligne que, avant conclusion de l'AMI, les parties contractantes devraient s'assurer, davantage qu'il n'est possible à l'heure actuelle, que l'effet du paragraphe 1(j) et de l'article de l'AMI sur les obligations en matière d'emploi n'ira pas à l'encontre de programmes qui visent des régions ou des personnes défavorisées ni d'autres programmes tout aussi légitimes relevant de la politique de l'emploi.
12. Le paragraphe (k), couvre les coentreprises même si elles ne sont pas couvertes par les paragraphes 1 (l) du fait qu'elles n'impliquent pas une participation au capital. Il permet toutefois les obligations de création d'une coentreprise n'impliquant pas une obligation de participation locale au capital qui pourraient être motivées par un souci économique de répartir les risques. Certaines délégations maintiennent une réserve d'examen pour les paragraphes (k) et (l) considérant que ces points relèvent de la disposition de l'AMI concernant le traitement national.
13. La phrase « compte non tenu des actions en faible nombre dont doivent être titulaires les administrateurs ou fondateurs de sociétés » précise qu'il n'y aura pas violation de cette interdiction du simple fait que les administrateurs et les fondateurs peuvent être obligés, en vertu du droit interne, de détenir une faible participation pour pouvoir être administrateur ou fondateur d'une société.

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 aux paragraphes 1(f) à (l)<sup>14</sup>.

3.<sup>15</sup> Aucune disposition des paragraphes [1(a),], 1(b), 1(c), 1(d) et 1(e) 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, d'y construire ou d'y développer certaines installations ou d'y réaliser des activités de recherche-développement.

---

14. Plusieurs délégations ne sont pas satisfaites des 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 a été conçu. Le terme « engagement » serait supprimé en cas d'adoption de la proposition d'un pays pour le chapeau du paragraphe 1.

Plusieurs délégations ne voient pas quel est le lien entre les alinéas (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 estiment qu'une référence au paragraphe (k) et (l) au paragraphe 2 n'est pas conforme à l'obligation de traitement national et sont favorables à la suppression de cette référence. D'autres délégations soulignent que la référence aux paragraphes (k) et (l) ne constitue pas une exemption à l'obligation de Traitement national. Ainsi, le bénéfice ou le maintien du bénéfice d'un avantage devrait être accordé sur une base non-discriminatoire (si aucune réserve n'est posée par un pays).

15. Pour la majorité des délégations, les paragraphes 1 (a) à (e) sont redondants ou sans objet ; ces délégations ne voient pas comment le paragraphe 1 pourrait interférer avec les obligations et engagements spécifiques visés au paragraphe 3. Toutefois, les délégations favorables au maintien de ce paragraphe estiment qu'il est nécessaire, pour des raisons politiques, de clarifier que les mesures citées, rencontrées dans de nombreux pays, continueront d'être autorisées. Un pays note, dans ST/RD(97)7, que, étant donné que certaines des obligations spécifiques peuvent être interprétées comme des obligations locales, le texte doit spécifier que tel n'est pas le cas. D'autres délégations proposent que cette question fasse l'objet d'une note de bas de page explicative, qui aurait le même effet juridique que le paragraphe.

4.<sup>16</sup> [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<sup>17,18.</sup>]

---

16. La majorité des délégations ne voient pas la nécessité d'un paragraphe 4. Elles estiment que le texte proposé est trop général, particulièrement en ce qui concerne le paragraphe 4(a). Certaines délégations s'interrogent également sur la nécessité d'une note interprétative. Si cette note est nécessaire, une majorité de délégations estiment qu'elle devrait suivre dans les grandes lignes le texte suivant proposé par une délégation :

« 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 nécessaires pour assurer le respect [des lois et réglementations] environnementales [qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord et] nécessaires pour la conservation des ressources naturelles biologiques ou autres [ou nécessaires pour la protection de la vie ou de la santé humaine ou animale, ou pour la protection des végétaux]. »

Il est reconnu que les délibérations générales du Groupe de négociation sur les questions environnementales offrirait des indications utiles concernant une solution pour ce paragraphe.

17. Un pays souhaiterait que les termes « dans sa juridiction » soient ajoutés au paragraphe 4 (c) afin de clarifier que cette disposition n'a pas de ramifications extra-territoriales.

18. Un pays considère que le paragraphe 4 est correctement libellé et qu'il ne faut pas limiter son champ d'application aux mesures environnementales, ce qui serait la conséquence de la proposition d'un autre pays. Le premier pays a illustré par l'exemple suivant l'utilité du paragraphe 4 (a) dans un contexte autre qu'environnemental :

« Dans le cadre de ses activités, un investisseur a besoin d'un produit qu'il peut obtenir de deux sources, une source intérieure et une source étrangère. Mais le fournisseur étranger n'a pas respecté, à de multiples reprises, les lois douanières du pays d'accueil. En conséquence, à titre de sanction, les services douaniers empêchent le fournisseur étranger d'introduire le produit sur le territoire du pays d'accueil. L'investisseur se trouve donc contraint de faire appel à une source locale d'approvisionnement. Il ressort du paragraphe 4 (a) qu'une violation des paragraphes 1(b) ou 1(c) ne peut être invoquée. Même si, du fait de la mesure prise, un investisseur ne peut utiliser les biens produits sur son territoire, cette mesure obéit à un motif légitime (et ne constitue pas une restriction déguisée à l'investissement) et elle a été prise pour assurer l'application d'une loi douanière qui n'est pas incompatible avec l'AMI. »

Une délégation suggère de remplacer les termes « nécessaires pour » par « se rapportant à », employés à l'article XX du GATT de 1994.

Un pays souhaite le maintien du paragraphe 4, y compris l'alinéa 4(a), pour bien préciser que ce type de comportement n'est pas contraire à l'article sur les obligations de résultat et pour diminuer la probabilité d'avoir à invoquer ce moyen dans le cadre d'un différend.

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<sup>19</sup> et d'aide extérieure ;

[(*abis*) Les paragraphes 1(a), (b) et (c) ne s'applique pas aux :

- mesures liés(e)s au secteur agricole;
- subventions liées aux échanges de services..]<sup>20</sup> ;

(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 entité détenue ou contrôlée par une partie contractante<sup>21</sup> ; et

(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<sup>22,23</sup> ;

---

Il est confirmé que le paragraphe 4 n'a pas à couvrir d'autres exceptions générales relevant de l'article XX du GATT 1994. Il en va de même pour l'article XI du GATT 1994 sur l'élimination générale des restrictions quantitatives.

19. Un pays propose d'ajouter les termes « et de l'investissement » après « des exportations ». Il propose aussi de clarifier au moyen d'une note interprétative le sens de « promotion » aux fins de cet article.

20. L'article sur les obligations de résultat soulève certaines questions concernant le lien entre les interdictions de résultat et les droits et obligations existant en vertu des accords de l'OMC (sur l'agriculture, les services, les marchés publics et la propriété intellectuelle). Ces questions devront être traitées à cet article ou d'une manière plus générale dans l'Accord.

Deux délégations ont suggéré la formule suivante comme alternative possible à ce problème :

« Le paragraphe 1(a), (b) et (c) ne s'applique pas aux mesures [couvertes par et] compatibles avec les droits et obligations résultant des accords de l'OMC. »

21. Il est convenu d'ajouter la note interprétative suivante :

« 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. »

Un pays considère qu'un renvoi au paragraphe 1(i) pourra être nécessaire si l'on maintient ce paragraphe. Ce pays s'interroge également sur la possibilité que ce paragraphe 5 (a) bis offre une possibilité d'exception aux programmes d'exemptions spéciales, hors du secteur agricole (par exemple, dans le secteur des produits chimiques).

22. Les discussions au sujet de cet alinéa ont surtout porté sur l'exemple suivant proposé par un pays, d'autres délégations ayant jugé utile cet exemple et demandé qu'il en soit fait mention :

« Un fabricant de textiles en provenance d'un pays A établi dans un autre pays B fabrique et coupe des tissus pour vêtements dans ce deuxième pays B, envoie les pièces de vêtement dans un pays C bénéficiant d'un programme spécial pour assemblage et finition, puis réimporte les vêtements dans le deuxième pays B pour mise à la consommation. Le droit de douane applicable aux vêtements réimportés est inférieur à celui applicable aux importations de vêtements d'autres pays. En l'absence de l'exception prévue à l'alinéa 5(c), les alinéas 1(b) et 1(c) empêcheraient le pays B d'offrir le programme spécial, conforme aux obligations internationales en vigueur. Un grand nombre de pays de l'AMI ont des programmes similaires. »

Plusieurs délégations considèrent que les questions concernant les droits de douane ne relèvent pas de cet article et qu'il n'y a donc pas besoin de l'exclusion générale proposée. Cette question devrait être discutée

#### IV. ARTICLE SUR LA PRIVATISATION<sup>24</sup>

Paragraphe 1 (application du traitement national/du régime NPF)

1. L'obligation, pour une partie contractante, d'accorder le traitement national et le régime NPF tels que définis au paragraphe XX (traitement national/régime NPF) s'applique :

- a) à tous les types de privatisation, quelle que soit la méthode de privatisation (offre publique, vente directe ou autre méthode)<sup>25</sup> et
- b) aux opérations ultérieures concernant un bien privatisé<sup>26</sup>.

##### [Paragraphe 1a (systèmes de coupons)]

2. Nonobstant le paragraphe 1, les dispositifs en vertu desquels les personnes physiques d'une partie contractante bénéficient de droits exclusifs en ce qui concerne la privatisation initiale sont acceptables comme méthode de privatisation dans le cadre du présent accord si le droit exclusif relatif à la privatisation initiale est limité aux personnes physiques et si les ventes ultérieures ne font l'objet d'aucune restriction]<sup>27</sup>.

##### Paragraphe 2 (droit de privatiser)

3. Aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée comme imposant à une partie contractante une obligation de privatiser<sup>28</sup>.

---

de manière plus approfondie ; il pourrait aussi y avoir un lien avec les questions soulevées concernant le paragraphe (a).

23. Les délégations ont accepté de supprimer le paragraphe 5(d) dans DAFPE/MAI(97)13/REV1/FINAL.
24. Deux pays réservent leur position pour toutes les obligations en matière de privatisation. Un pays considère que des dispositions consacrées à la privatisation sont superflues, puisque les obligations de base en matière de traitement national et de régime NPF s'appliqueront aux privatisations ; ce pays réserve donc sa position pour toutes ces dispositions.
25. Un pays réserve sa position.
26. Quatre pays réservent leur position pour l'alinéa (b), dont la portée va au-delà de celle d'un article sur la privatisation. Les délégations conviennent que cette disposition ne s'applique pas au comportement des entités privées (pratiques des sociétés). Il est entendu que cette disposition a pour but d'empêcher les parties contractantes d'imposer pour ces opérations secondaires des règles non conformes au traitement national/au régime NPF. C'est pourquoi certaines délégations ont proposé d'utiliser un libellé du type « b) aux mesures régissant les opérations ultérieures... ». Il serait utile que les juristes examinent quelle devrait être, en définitive, la formulation de cette disposition, compte tenu de l'accord qui vient d'être évoqué.
27. Un pays est prête à retirer cette proposition si l'on ne fait plus référence aux systèmes de coupons au paragraphe 3, option 2, point d.
28. Deux pays proposent d'insérer les mots suivants : « porter atteinte aux règles des parties contractantes régissant le régime de propriété ou » entre les mots « peut » et « être ».

### **Paragraphe 3 (régimes spéciaux d'actionnariat)<sup>29,30</sup>**

#### ***Option 1***

4. Les parties contractantes reconnaissent que les régimes spéciaux d'actionnariat sont compatibles avec le paragraphe 1, sauf s'ils favorisent expressément ou intentionnellement les investisseurs ou les investissements d'une partie contractante ou sont discriminatoires à l'encontre d'investisseurs ou d'investissements d'une autre partie contractante à raison de leur nationalité ou de leur résidence permanente<sup>31</sup>.

#### ***Option 2<sup>32</sup>***

5. [Les régimes spéciaux d'actionnariat comportant notamment a) la conservation d'« actions spécifiques » par les parties contractantes, b) des groupes stables d'actionnaires constitués par une partie contractante, c) des rachats par les cadres/par les salariés et d) des systèmes de coupons destinés au public sont fortement susceptibles d'être discriminatoires à l'encontre des investisseurs étrangers et sont en fait incompatibles dans de nombreux cas avec les obligations en matière de traitement national et de régime NPF].

#### ***Option 3<sup>33</sup>***

#### ***Note en bas de page concernant le paragraphe 1***

6. Les régimes spéciaux d'actionnariat qui sont expressément (c'est-à-dire *de jure*) discriminatoires à l'égard des investisseurs étrangers et de leurs investissements sont contraires aux obligations de

---

29. Les travaux concernant le paragraphe 3 se fondent sur l'option 1, à laquelle un grand nombre de délégations sont favorables. Toutefois, un pays maintienne son préférence pour l'option 2. Ce pays ne peut pas accepter les termes « sont compatibles avec le paragraphe 1 » (option 1, paragraphe 3) en ce qu'ils impliquent que ces règles spéciales, quelle que soit la façon dont elles s'exercent, sont nécessairement conformes au traitement national/au régime NPF. L'utilisation, l'application et l'exercice de ces mesures dans le cadre des tirets (option 1) pourraient en fait n'être pas conformes au traitement national/au régime NPF. Un pays partage cet avis. Deux pays proposent de supprimer le paragraphe 3.

30. Il a été rappelé que la question d'offrir la possibilité de poser une réserve concernant les privatisations après l'entrée en vigueur de l'AMI est en cours d'examen par le Groupe de négociation.

31. Un pays préférerait l'inclusion d'une liste illustrative, du type de celle qui figurait dans le document DAFPE/MAI(97)1.

32. Proposition d'un pays, assortie de la note suivante : « Comme pour les autres mesures contraires aux obligations de traitement national et de régime NPF, l'utilisation de régimes spéciaux d'actionnariat devrait être mentionnée dans les listes de réserves. Étant donné que les parties contractantes peuvent privatiser certains biens à l'avenir, elles seront autorisées à formuler des réserves de précaution pour l'utilisation de régimes spéciaux d'actionnariat dans les secteurs où elles ont généralement des entreprises d'État ou appliquent des restrictions publiques ». Cette proposition n'a pas été examinée par les délégations.

33. Ce texte est proposé à titre de compromis. Un certain nombre de délégations en faveur de l'option 1 sont prêtes à accepter ce compromis en attendant le résultat des discussions au sein du Groupe de négociation sur la manière de traiter la discrimination de fait dans le cadre de la formulation des réserves spécifiques des pays. Un autre pays a proposé l'insertion, après « investissements », des termes « pour des raisons de nationalité » à la deuxième ligne ; de l'adverbe « intentionnellement » après « régimes spéciaux d'actionnariat » à la troisième ligne ; et des termes « pour des raisons de nationalité » après « discrimination *de facto* » à la quatrième ligne. Ce pays a également proposé qu'on inclue une liste illustrative.

traitement national et de régime NPF. Il est en outre entendu que les régimes spéciaux d'actionnariat qui, dans leur application, se traduisent par une discrimination *de facto* sont également contraires au traitement national/au régime NPF.

**[Option 4<sup>34</sup>**

7. Aucune disposition du présent accord ne peut empêcher les parties contractantes d'utiliser des méthodes spéciales de privatisation ou d'appliquer des règles spéciales concernant la propriété, la gestion ou le contrôle de biens privatisés, notamment du type suivant :

- une partie contractante ou toute personne désignée par celle-ci conserve des droits spéciaux d'actionnaire pour pouvoir influencer sur toute décisions relative à ces biens après privatisation ou s'opposer à un telle décision.
- en vertu de certaines dispositions, les cadres ou autres salariés d'une entreprise bénéficient d'un traitement spécial pour l'acquisition d'actions de cette entreprise,
- en vertu de certaines dispositions, les actionnaires sont tenus de maintenir leur participation au capital de l'entreprise durant une période déterminée,
- en vertu de certaines dispositions, les membres d'une communauté déterminée bénéficient d'un traitement spécial pour l'acquisition des biens de cette communauté,

à moins que lesdites méthodes ou règles spéciales favorisent expressément ou intentionnellement les investisseurs ou les investissements d'une partie contractante ou soient discriminatoires à l'encontre d'investisseurs ou d'investissements d'une autre partie contractante à raison de leur nationalité ou de leur résidence permanente.]

**Paragraphe 4 (transparence)<sup>35</sup>**

8. Aux fins du présent article, chaque partie contractante ou un organisme désigné par elle doit, dans les meilleurs délais, publier ou rendre autrement publiques les modalités et procédures essentielles de participation à chaque privatisation future<sup>36\*</sup>.

---

34. Cette proposition n'a pas été examinée par les délégations.

35. Un pays réserve sa position concernant l'article sur la transparence. Il estime qu'un principe de parallélisme devrait diriger le traitement de la question des privatisations et des concessions, deux domaines liés. Il estime également que les obligations de transparence devraient s'appliquer à tous les niveaux de gouvernement. Ce pays soumet donc son accord concernant l'insertion d'une clause de transparence pour les privatisations à l'inclusion d'une clause similaire pour les concessions.

36. Il est entendu que l'obligation résultant de cet article sera respectée dès lors que les informations concernant une opération de privatisation auront été rendues publiques. Un pays propose qu'on ajoute la note interprétative suivante : « Il est entendu que le paragraphe 4 n'impose pas à une partie contractante de prendre des mesures qui pourraient porter atteinte au respect des dispositions en matière de sécurité nationale et législation de change ». Bien que plusieurs délégations ne sollicitaient pas cette clarification, elles ne s'opposent pas à son ajout à l'Accord en tant que note interprétative.

## Note en bas de page

Cette note en bas de page confirme l'application de l'article YY concernant la transparence. Cette note confirme également l'obligation d'accorder le traitement national et le régime NPF interdit toute discrimination à l'encontre des investisseurs et des investissements des autres parties contractantes en ce qui concerne les modalités d'information du public sur une opération de privatisation.<sup>37</sup>

### Paragraphe 5 (définition)\*

On entend par « privatisation » la vente ou toute autre aliénation, par une partie contractante, d'une partie ou de la totalité de sa participation au capital ou des biens<sup>38</sup> d'une entreprise [d'État] ou d'une entité publique\*\*<sup>39, 40, 41</sup>.

\* Il est entendu que la définition ne doit pas amoindrir l'applicabilité du traitement national/régime NPF dans le domaine des privatisations.

\*\* Cette disposition ne couvre pas les opérations entre niveaux d'administration ou entre différentes entités d'une même partie contractante.

- 
37. Il est entendu que ce texte n'empêche pas l'implication des lois nationales en matière de sécurité nationale et législation de change. Il est également entendu que les méthodes utilisées pour rendre publiques les informations peuvent être variables, notamment dans le cas de petites privatisations.
38. Un pays propose l'insertion de la note interprétative suivante : « Il est entendu que la référence aux biens qui figure au paragraphe 5 signifie "la totalité ou la quasi-totalité" des biens d'une entreprise d'État ou d'une entité publique ». Certaines délégations réservent leur position à l'égard de cette proposition, qui pourrait ne pas prendre en compte une forte proportion de privatisations. Plusieurs délégations considèrent que la privatisation ne doit pas couvrir les petites opérations, effectuées notamment dans le cadre de braderies. D'autres délégations ne jugent pas nécessaire la note interprétative proposée.
39. Il est entendu que la « privatisation » signifie la vente de toutes les participations détenues par une partie contractante. Certaines délégations considèrent qu'il faudrait supprimer la référence « entreprise d'État ou entité publique », compte tenu de la façon dont l'« entreprise » est prise en compte dans la définition que l'AMI donne de l'« investissement » [section II, DAF/MAI(97)1/REV2]. Si on conserve les termes « entreprise d'État » et « entité publique », il faudra les définir dans l'accord. Si on inclut « d'État » dans la définition, il faudra également ajouter un texte visant à faire en sorte que, en cas de vente en plusieurs tranches, toutes les opérations soient prises en compte, même si l'entreprise cesse d'être une entreprise d'État. En réservant sa position à l'égard de la définition, un pays fait observer qu'une entreprise d'État est juridiquement autonome, ce qui n'est pas le cas d'une entité publique. Un autre pays réserve également sa position à l'égard de la définition. Un troisième pays considère que les privatisations ne doivent pas couvrir les opérations de portefeuille réalisées par les autorités publiques.
40. Un pays propose de remplacer « une entreprise d'État ou une entité publique » par « toute entité qu'elle détient ou contrôle ». Ainsi, on n'aurait pas besoin de définir les termes « entreprise d'État » ou « entité publique ».
41. Une nouvelle proposition a été circulée dans DAF/MAI/ST/RD(97)8. Le Président a invité les délégations à travailler à une solution définitive concernant cette définition lors du prochain cycle de consultations.

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

### A. Article sur les monopoles<sup>42</sup>

[1. Aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée comme empêchant une partie contractante de maintenir, de désigner ou d'éliminer un monopole<sup>43</sup>.]

2. Chaque partie contractante [s'efforce d'accorder]<sup>44</sup> accorde un traitement non discriminatoire lorsqu'elle désigne un monopole.

#### **Paragraphe 3<sup>45</sup>, chapeau :**

3. Chaque partie contractante veille à ce que tout monopole à capitaux privés que ses autorités nationales [ou infranationales] [maintiennent]<sup>46</sup> ou désignent ou tout monopole public que ses autorités nationales [ou infranationales] maintiennent ou désignent :

#### **Alinéa a)**

a) 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 ;

---

42. Un pays réserve sa position pour toutes les obligations concernant les monopoles qui vont au-delà de celles du GATT et de l'AGCS.

43. 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.

44. 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.

45. Un grand nombre de délégations estiment que la question des prérogatives réglementaires déléguées des monopoles devrait faire l'objet d'un article relatif à une clause anti-contournement à l'intention des entités avec autorité gouvernementale déléguée ; en conséquence, elles soutiennent la suppression du paragraphe 3(a) dans DAF/MAI/ST(97)13.

46. Un pays éprouve des difficultés avec l'inclusion 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 avoir une incidence générale sur les droits des actionnaires existants. Un pays estime que ce problème pourrait être aggravé si l'on prend en compte les entités infranationales. D'autres délégations considèrent qu'il est essentiel que les monopoles désignés par des autorités infranationales soient régis par les disciplines prévues dans cette disposition. Elles reconnaissent que la référence aux administrations nationales et infranationales pourrait n'être pas nécessaire compte tenu de la solution retenue pour le traitement général des entités infranationales dans le cadre de l'AMI.

### **Alinéa b)**

- b) 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 commerciale<sup>47</sup> ;

### **Alinéa c)**

#### **Option 1**<sup>48</sup>

- c) n'abuse 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 ayant un effet négatif sur [un investisseur<sup>49</sup>] ou 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<sup>50</sup>.

#### **Option 2 : suppression**<sup>51</sup>

- 
47. Un pays soulève la question du traitement de la sous-traitance d'activités de monopole. Un autre pays demeure préoccupée par l'étendue de l'exclusion résultant de 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.
48. Ce projet d'article, proposé à l'origine dans DAFPE/MAI/ST/RD(97)6, a reçu le soutien de plusieurs délégations. Un pays note que la référence aux « pratiques anticoncurrentielles » ne devrait pas poser de problème puisque l'AGCS comprend certaines obligations concernant les pratiques anticoncurrentielles qui sont partie intégrante de l'Accord AGCS sur les télécommunications de base (voir la note de référence sur l'Accord sur les télécommunications).
49. L'inclusion du terme d'« investisseur » confirmerait que l'alinéa (c) s'applique à la phase de pré-établissement. Certaines délégations ont indiqué qu'elles soutiendraient l'option 1 si celle-ci couvrait cette phase de pré-établissement. Plusieurs délégations ont néanmoins souligné que ceci pourrait susciter des problèmes concernant les dispositions de règlement des différends dans l'AMI, et estiment que cette option ne devrait pas être retenue.
50. Un pays 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 ». Un autre estime que les termes « usage abusif des prix » ont une portée plus large que la notion de pratiques anticoncurrentielles.
51. L'option de suppression a reçu le soutien de certaines délégations, afin d'éviter toute intrusion dans le domaine de la concurrence. Plusieurs de ces délégations soutiendraient, comme solution de réserve, l'inclusion d'un alinéa (c) inspiré de l'article VIII de l'AGCS et qui serait ainsi formulé :
- « c) en concurrence, directe ou indirecte, ou par l'intermédiaire d'une société affiliée, dans un domaine d'activités économiques hors du champ de ses droits monopolistiques, n'abuse pas de sa position monopolistique dans ce domaine d'activités pour agir d'une manière incompatible avec les engagements en vertu du présent Accord ; »
- Un pays estime que cette proposition ajoute peu, en substance, à cet article sur les monopoles et pourrait même être politiquement contre-productive.

**[Alinéa d)]<sup>52</sup>**

(d) Sauf pour se conformer à des conditions relatives à sa désignation qui ne sont pas incompatibles avec les alinéas (a) ou (b), 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 des 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<sup>53</sup>.

Les différences de prix visées à l'article A alinéas 3 (c) et 3 (d) 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]<sup>54</sup>.

---

52. Cette proposition a reçu l'appui de trois pays. Cependant, de nombreux délégués doutent qu'il soit possible et souhaitable d'exiger des monopoles qu'ils agissent en fonction de « considérations commerciales ».

Un pays apporte un certain nombre de précisions en faveur de l'inclusion de l'alinéa (d) : l'alinéa (d) présenterait l'avantage d'accroître la transparence ; les considérations autres que commerciales doivent être à la fois non discriminatoires [comme indiqué aux alinéas (a), et (b)] 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 (d) 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'un pays, 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 ».

53. Les délégations s'interrogent sur le maintien de ce paragraphe en tant que note interprétative, plus particulièrement si l'alinéa (d) est supprimé. Un pays estime que cette clarification porte à conséquence pour toutes les dispositions du paragraphe 3, en particulier l'alinéa 3(a). Une autre délégation est d'avis que le seul lien pertinent avec les autres alinéas, à l'exception de l'alinéa (d), concerne l'alinéa (a). Dans ce contexte, l'alinéa (d) n'est pas nécessaire étant donné qu'il est entendu que le principe de non-discrimination à l'alinéa (a) est limité aux « circonstances similaires », ce qui permet de différencier à raison de considérations commerciales. Si d'autres délégations n'excluent pas un lien possible avec les autres alinéas, par exemple l'alinéa (b), elles soutiennent cependant sa suppression.

54. Une grande majorité des délégations sont d'avis que la clarification apportée par ce paragraphe n'est pas nécessaire, particulièrement si l'alinéa (d) est supprimé. Un pays estime que ce paragraphe explicatif est également pertinent à l'alinéa 3(c).

#### **[Paragraphe 4<sup>55</sup>**

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 notifiée<sup>56</sup> au Groupe des parties tout monopole existant dans les [60]<sup>57</sup> 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]<sup>58</sup> 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<sup>59</sup>.]

---

55. Proposition d'un pays. Certaines délégations sont opposées au principe de la formulation de réserves après l'entrée en vigueur de l'AMI. Un pays 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.

56. Un pays propose que la notion de « notification préalable » figurant à 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.

57. 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.

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

59. Trois pays soulignent 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. 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(c). Ces délégations considèrent que le règlement des différends entre États devrait constituer un 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.

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

*i) Suppression*<sup>60</sup>

*ii) Dispositions additionnelles*

*a. Proposition de deux pays*<sup>61</sup>

[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<sup>62</sup>.

*b. Proposition d'un pays*<sup>63</sup>

[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.]

---

60. Dans leur grande majorité, les délégations soutiennent cette option, plus particulièrement du fait que la clause anti-contournement de la Section VI est censée couvrir toutes les entreprises, c'est-à-dire les entreprises d'État et privées, auxquelles une autorité a été accordée.

Plusieurs délégations ont souligné les difficultés juridiques et pratiques que les gouvernements risquent de rencontrer en contrôlant la conformité de la conduite de leurs entreprises d'État et de leurs affiliés aux engagements en vertu de dispositions supplémentaires, telles que celles proposées par deux pays.

61. Deux pays estiment que ces dispositions sont justifiées car les entreprises d'État diffèrent des entreprises privées en raison de leurs liens avec les autorités publiques. Ils estiment que le terme d'« entreprise d'État » pourrait être remplacé par « une entreprise qu'il possède ou contrôle ».

Un pays 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. Ceci nécessiterait des changements législatifs.

62. Certaines délégations considèrent que ce paragraphe est nécessaire quelle que soit l'option retenue. D'autres délégations considèrent que toute discipline supplémentaire pouvant être adoptée devrait être soumis au règlement des différends des États et entre l'investisseur et l'État. Un pays souhaiterait que ce paragraphe s'applique aussi bien au paragraphe 1 qu'au paragraphe 2.

63. Cette proposition est présentée en guise de compromis par un pays, qui lui préfère néanmoins l'option (a) (pas de dispositions additionnelles). Elle vise à couvrir toutes les possibilités d'exercice d'une influence autre que la propriété publique (notamment par l'octroi de contrats aux entreprises privées). Cette proposition n'a pas reçu un large soutien.

## 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 conférant 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<sup>64</sup>.

### Paragraphe 3

3. « Monopole » signifie une personne ou une entité qui est désignée par une autorité [nationale [ou infranationale]<sup>65</sup> [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 [, une concession, une licence, une autorisation ou un permis]<sup>66</sup> du seul fait de cet octroi ou de l'exercice de ce droit.<sup>67</sup>

---

64. Un pays 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.

65. 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 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. Un pays 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 pays 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 ».

66. 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 « autorisations » impliquent une désignation par une autorité publique, mais n'entraînent pas nécessairement des droits de monopole. »

67. Un accord s'est dégagé sur le fait que la définition des monopoles devrait exclure expressément les droits exclusifs découlant de droits de propriété intellectuelle. Des experts en matière de propriété intellectuelle ont discuté de l'opportunité d'ajouter à la fin de la deuxième phrase un texte qui exclurait les organismes chargés du recouvrement des redevances (qui bénéficient parfois d'un monopole légal). Cet ajout se lirait comme suit : « [mais ne comprend pas une entité chargée de la gestion collective de droits de propriété intellectuelle] ».

#### **Paragraphe 4**

4. On entend par « marché en cause » le marché géographique et le marché de produits d'un bien ou d'un service sur le territoire de la partie contractante<sup>68</sup>.]

#### **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<sup>69</sup>.

#### **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<sup>70</sup>.]

---

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.

68. 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 paragraphes 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 ». Un pays considère qu'il faut améliorer la définition proposée afin qu'elle soit plus précise et plus claire.

69. Trois pays doutent que cette définition soit nécessaire.

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

**[D. Article sur les concessions<sup>71 72</sup>**

***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<sup>73</sup> ;
- 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<sup>74</sup>.

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.

---

71. Proposition d'un pays. 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.

72. Un pays 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].

73. 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.

74. Un pays propose que la référence aux langues officielles de l'OCDE soit remplacée par une référence aux langues officielles des Nations Unies. Deux pays s'interrogent sur la nécessité d'imposer une obligation de langue pour la publication des procédures d'attribution.

### *Définition*<sup>75</sup>

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.]

## **VI. ENTITES INVESTIES DE PREROGATIVES PUBLIQUES DELEGUEES**<sup>76</sup>

Chaque partie contractante devra s'assurer que toute entité à qui elle a délégué des prérogatives réglementaires ou administratives ou d'autres prérogatives publiques agisse d'une manière qui ne soit pas incompatible avec les obligations de la partie contractante en vertu du présent accord lorsque cette entité exerce ces prérogatives déléguées.

---

75. Cette proposition doit être examinée de façon plus approfondie. Un pays souhaite qu'il ne soit pas fait référence aux ressources naturelles. En ce qui concerne les ressources minérales, notamment les hydrocarbures, ce pays 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. »

76. Cet article couvre toutes les entités, y compris les monopoles et les entreprises d'État, qui exercent des prérogatives déléguées réglementaires ou administratives ou d'autres prérogatives déléguées de nature publique. Cette disposition rend superflu un texte à ce sujet dans l'article sur les monopoles. Le paragraphe 3(a) qui figurait dans le projet d'article du document DAFPE/MAI/ST(97)13 peut donc être supprimé. Un pays ne pourrait cependant envisager une telle disposition que si ses préoccupations concernant le texte introductif de l'article sur les monopoles étaient dûment prises en compte (voir note 44). Il fait également remarquer que cette disposition n'est pas nécessaire en vertu de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Pour plusieurs délégations, il est essentiel que la clause anti-contournement proposée s'applique aux monopoles désignés par des autorités infra-nationales. Cette question est bien évidemment liée au problème plus général du traitement des entités infra-nationales dans l'ensemble de l'AMI.

## VII. ARTICLE SUR LES INCITATIONS A L'INVESTISSEMENT

### Dispositions

#### *Option 1*

Plusieurs délégations considèrent qu'un texte supplémentaire n'est pas nécessaire. Selon elles, le projet actuel d'articles de l'AMI suffit pour couvrir à l'heure actuelle les incitations à l'investissement.

#### *Option 2*

Un grand nombre de délégations préconisent toutefois des dispositions spécifiques pour les incitations à l'investissement, tout en ayant des points de vue divergents quant à leur nature et à leur portée. Certaines délégations proposent un programme incorporé de travaux futurs. L'examen de dispositions éventuelles a été centré sur le projet d'articles suivants, que les délégations qui préféreraient des disciplines de plus large portée considèrent néanmoins comme un texte de compromis.

## Article<sup>77</sup>

1. Les parties contractantes confirment que l'article XX (sur le traitement national et le régime de la nation la plus favorisée) et l'article XX (sur la transparence) s'appliquent [à l'octroi d']<sup>78</sup> [aux] incitations à l'investissement<sup>79</sup>.

2. [Les parties contractantes reconnaissent que [, dans certaines circonstances,] même si elles sont appliquées de façon non discriminatoire, les incitations à l'investissement peuvent fausser les flux de capitaux et les décisions d'investissement<sup>80</sup>. [Toute partie contractante qui considère que ses investisseurs ou leurs investissements sont lésés par une incitation à l'investissement qui a été adoptée par une autre partie contractante et qui a un effet de distorsion peut demander des consultations avec cette partie contractante.] [La première partie contractante peut également soumettre cette mesure d'incitation au Groupe des parties pour examen<sup>81,82</sup>.]]

---

77. Le Groupe s'est fondé sur le rapport du Groupe d'experts n° 2 en ce qui concerne le traitement des incitations fiscales [DAFFE/MAI/EG2(97)1].

78. Certaines délégations sont favorables à la suppression du terme « l'octroi d' ».

79. Il a été convenu que les incitations à l'investissement devaient être soumises aux obligations de traitement national et de régime NPF, mais des avis divergents se sont exprimés quant à l'opportunité d'en faire état expressément. En conséquence, certaines délégations jugent inutile ce paragraphe. Un pays maintient une réserve de pré-examen sur le texte de ce projet d'article. Le mécanisme de règlement des différends s'appliquerait notamment à cet article. Une délégation évoque la possibilité de formuler des réserves au traitement national.

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

81. Certaines délégations ne sont toujours pas convaincues de la nécessité de procédures spéciales de consultation pour les incitations à l'investissement non discriminatoires telles qu'elles sont définies au paragraphe 2, bien qu'il soit nécessaire d'attendre, pour pouvoir se prononcer, les décisions qui seront prises quant au champ d'application de l'AMI. L'idée de départ est que, comme pour d'autres accords, les consultations seraient la première étape procédurale du mécanisme de règlement des différends de l'AMI. Il devrait être possible de réexaminer si les dispositions en matière de règlement des différends et le rôle du Groupe des parties sont adéquats lorsqu'on en connaîtra mieux les contours. Une délégation se demande si le mécanisme de règlement des différends de l'AMI pourrait s'appliquer aux incitations à l'investissement introduisant des distorsions dans les investissements ou aux incitations à l'investissement accordées illégalement. Ces questions devraient être étudiées de plus près. Certaines délégations contestent le rôle du Groupe des parties dans toute procédure de consultation.

82. Une délégation a proposé d'ajouter au paragraphe 4 la dernière phrase du paragraphe 3 et de supprimer le reste du paragraphe 3.

3.<sup>83</sup> [Afin d'éviter et de réduire ces effets de distorsion et également d'éviter que les parties contractantes se livrent à une concurrence excessive pour attirer ou conserver des investissements, les parties contractantes engage[ro]nt des négociations en vue de la mise en place de disciplines supplémentaires de l'AMI [dans les trois ans] à compter de la date de la signature du présent accord<sup>84</sup>. Ces négociations prendront en compte le rôle des incitations à l'investissement au regard des objectifs de politiques tels que les politiques régionale, structurelle, sociale, environnementale ou de R-D des parties contractantes et les autres travaux de nature similaire réalisés dans d'autres enceintes. Ces négociations traiteront notamment les questions concernant la discrimination positive<sup>85</sup>, [la transparence<sup>86</sup>], le statu quo et le démantèlement<sup>87</sup>.]

4. [Aux fins du présent article, on entend par « incitation à l'investissement » :

L'octroi d'un avantage particulier résultant de dépenses publiques [d'une contribution financière] en liaison avec l'établissement, l'acquisition, l'expansion, la gestion, l'exploitation ou l'exécution d'un investissement d'une partie contractante ou d'une partie non contractante sur son territoire].

---

83. La forme et la localisation de ce texte n'ont pas encore été décidées.

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

85. Certaines délégations considèrent que la discrimination positive doit être interdite et qu'il faut en faire mention dans le texte.

86. Une délégation estime que l'article de l'AMI sur la transparence serait suffisant.

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

## *Commentaires*<sup>88</sup>

1. L'examen des incitations à l'investissement par le Groupe d'experts n° 3 a été effectué sur la base d'une note, comportant une proposition de disposition, d'un pays [DAFFE/MAI/EG3/RD(96)7] et d'une proposition d'une délégation (section 6 de DAFFE/MAI/EG3/RD(96)10).

2. Un grand nombre de délégations considèrent que des disciplines relatives aux incitations à l'investissement seraient importantes pour la crédibilité d'ensemble de l'AMI, tout en reconnaissant le rôle que peuvent jouer les incitations à l'investissement au regard des objectifs de certaines politiques, notamment la politique régionale, la politique structurelle, la politique sociale, la politique environnementale et la politique en matière de R-D.

3. Un pays considère qu'une définition des incitations à l'investissement est indispensable et constitue un préalable si l'on veut accroître la transparence de ces mesures et renforcer des disciplines qui y ont trait. Elle propose une définition des incitations à l'investissement qui repose dans une large mesure sur les définitions des subventions et de la « spécificité » qui figurent dans l'accord de l'OMC sur les subventions et les mesures compensatoires. Un pays a également transmis un texte de dispositions concernant la transparence des incitations à l'investissement.

4. Plusieurs délégations estiment toutefois que les disciplines proposées par un pays et d'autres pays sont trop ambitieuses, de par leur nature et leur portée. Les membres de l'OMC étant toujours aux prises avec des problèmes qui touchent à ce domaine, il est trop tôt pour faire figurer dans l'AMI des disciplines qui pourraient faire double emploi avec les obligations de l'OMC ou s'en écarter. Ces délégations sont également d'avis qu'on n'a pas suffisamment analysé la nature et l'impact des incitations à l'investissement, ni la nature et la portée des disciplines qui seraient nécessaires au regard des objectifs de l'AMI. Une délégation considère qu'il faut étudier de plus près cette question pour déterminer exactement l'ampleur des effets négatifs des diverses incitations en fonction des objectifs poursuivis, souvent bénéfiques, au moyen de ces incitations. Il faut bien circonscrire les problèmes avant de concevoir des disciplines pour y remédier.

5. Plusieurs délégations doutent en outre qu'il soit judicieux, au stade actuel, d'élaborer des dispositions en matière de statu quo et de démantèlement pour les incitations à l'investissement qui ne sont pas discriminatoires. Soumettre les incitations à l'investissement aux obligations de traitement national et de régime NPF serait déjà un grand pas en avant. Une délégation a le sentiment que cela implique également que les incitations à l'investissement se trouvent soumises aux obligations en matière de transparence et que les mesures non conformes sont sujettes aux obligations de statu quo et de démantèlement.

6. La plupart des délégations considèrent que le Groupe d'experts n°2 doit prendre en charge tout ce qui peut être envisagé pour les disciplines concernant les incitations fiscales. Certaines délégations sont d'avis que les mesures fiscales doivent être exclues.

---

88. Ces commentaires reflètent l'état des discussions à la fin de décembre 1996 [DAFFE/MAI/EG3(96)22].

7. Certaines délégations craignent que la présence, dans l'AMI, de disciplines additionnelles concernant les incitations à l'investissement ne détourne des investissements étrangers vers les pays non membres et ne crée, pour les parties contractantes à l'AMI, un désavantage par rapport aux non-membres, car elles seraient moins à même de conserver ou d'attirer des investissements. Ces disciplines pourraient également constituer un obstacle à l'adhésion de non-membres à l'AMI. En revanche, certaines délégations font observer qu'on a toujours envisagé que l'AMI, qui doit fixer des normes élevées, oblige les parties à mettre en œuvre des régimes plus libéraux en matière d'IDE que ceux qu'appliquent en général les pays non membres, et ces délégations contestent que les disciplines qui ont été présentées pour les incitations à l'investissement soulèvent à cet égard des problèmes particuliers.