



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 1-2 DECEMBRE 1997

(Rapport au Groupe de négociation)

RAPPORT AU GROUPE DE NÉGOCIATION

J'ai l'honneur de soumettre le rapport ci-joint, qui présente les résultats des discussions informelles sur les THÈMES SPÉCIAUX qui ont eu lieu les 1-2 décembre 1997. Les résultats d'une discussion informelle sur les Concessions qui a eu lieu le 1er décembre 1997 (après-midi) sont inclus dans le rapport.

Président

TABLE DES MATIÈRES

I. ADMISSION, SEJOUR ET EMPLOI TEMPORAIRES DES INVESTISSEURS	4
II. OBLIGATION DE NATIONALITE POUR LES CADRES SUPERIEURS, LES DIRECTEURS ET LES MEMBRES DES CONSEILS D'ADMINISTRATION	7
III. OBLIGATIONS EN MATIERE D'EMPLOI	8
IV. OBLIGATIONS DE RESULTAT	9
V. PRIVATISATION.....	15
VI. MONOPOLES/ENTREPRISES D'ETAT/CONCESSIONS	21
[VII. ARTICLES SUR L'ATTRIBUTION D'AUTORISATIONS POUR LA PROSPECTION, L'EXPLOITATION ET LA PRODUCTION DE MINERAUX, Y COMPRIS D'HYDROCARBURES	30
VIII. ENTITES INVESTIES DE PREROGATIVES PUBLIQUES DELEGUEES.....	31
IX. INCITATIONS A L'INVESTISSEMENT.....	32

I. ADMISSION, SEJOUR ET EMPLOI TEMPORAIRES DES INVESTISSEURS¹

1. Sous réserve de l'application des lois, réglementations et procédures nationales des parties contractantes relatives à l'admission, au séjour et à l'emploi des personnes physiques :

(a) Chaque partie contractante accorde l'admission et le séjour temporaires ainsi que l'autorisation temporaire de travailler² et remet tous documents confirmatifs nécessaires à cet effet à une personne physique d'une autre partie contractante qui est :

- (i) un investisseur désirant établir, développer ou administrer une entreprise³, ou fournir des conseils ou des services techniques essentiels quant à l'exploitation d'une entreprise, au titre de laquelle l'investisseur a engagé, ou est en train d'engager, une somme importante, ou
- (ii) un salarié qui est employé par une entreprise visée sous (i) ou par un investisseur⁴, [dont on peut exiger qu'il ait été employé pour une période minimale précisée, par exemple un an]⁵ en qualité de cadre supérieur, directeur ou spécialiste et qui est essentiel pour cette entreprise ;

aussi longtemps que cette personne continue de remplir les conditions prévues au présent article⁶.

(b) (i) Chaque partie contractante accorde l'admission et le séjour temporaires et remet tous documents confirmatifs nécessaires à cet effet au conjoint et aux enfants mineurs d'une personne physique qui s'est vu accorder l'admission et le séjour temporaires ainsi qu'une autorisation temporaire de travailler conformément à l'alinéa (a). Le conjoint et les enfants mineurs sont admis pour la durée du séjour de cette personne.

-
1. Il reste à décider s'il doit y avoir une disposition anti-abus, quel doit être son libellé exact et où elle doit figurer.
 2. Note interprétative : « Pour qu'une "autorisation de travailler" soit accordée, une personne physique pourra devoir être titulaire de certaines qualifications professionnelles relatives aux activités particulières à exécuter. Les critères de qualification professionnelle pouvant être applicables ne relèvent pas du présent article ».
 3. Dans le cadre du présent article, le terme « entreprise » a la même signification que dans le cadre de la définition de l'investissement.
 4. On rappellera que la définition de l' « investisseur » dans l'AMI couvre à la fois les personnes physiques et les personnes morales. Un pays maintient une réserve quant à savoir si le terme d' « investisseur », dans ce contexte, pourrait s'appliquer uniquement à une personne légale.
 5. Le texte entre crochets a été amendé après discussion, suite à la proposition d'un pays [DAFFE/MAI/ST/RD(97)9]. Toutefois, il est généralement entendu que, à strictement parler, ce texte n'est pas nécessaire compte tenu du chapeau du paragraphe 1. Les délégations sont invitées à réfléchir sur la proposition de ce pays.
 6. Note interprétative : « il est entendu que les autorités nationales peuvent périodiquement vérifier que les conditions prévues par ce paragraphe restent remplies ».

- (ii) Chaque partie contractante est encouragée⁷ à accorder l'autorisation de travailler au conjoint de la personne qui s'est vu accorder l'admission et le séjour temporaires ainsi que de l'autorisation temporaire de travailler conformément à l'alinéa (a).

2. Une partie contractante ne peut refuser l'admission et le séjour dans les conditions prévues par le présent article, ou l'autorisation de travailler dans des conditions prévues par le paragraphe 1(a) du présent article, pour des raisons liées à des critères concernant les besoins du marché du travail ou d'autres besoins économiques ou à des restrictions numériques figurant dans les lois, réglementations et procédures nationales.⁸

3. Aux fins du présent article :

On entend par « personne physique d'une autre partie contractante » une personne physique qui a la nationalité [ou est résidente permanente] d'une autre partie contractante, en conformité avec sa loi applicable⁹ ;

On entend par « cadre supérieur » une personne physique qui dirige principalement la gestion d'une entreprise ou fixe les objectifs et les politiques de l'entreprise ou d'une composante ou d'une fonction importante de l'entreprise, dispose d'une large latitude décisionnelle et n'est soumise qu'à une supervision générale ou à des instructions générales de la part de cadres supérieurs de plus haut niveau, du conseil d'administration ou des actionnaires de l'entreprise ;

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

On entend par « spécialiste », une personne physique qui a une grande expertise de certains domaines et qui peut être appelée à détenir un savoir spécifique ou exclusif en ce qui concerne les produits, les services, les équipements de recherche, les techniques ou la gestion.

7. Certains pays préfèrent la formule « s'efforce » et pourraient avoir besoin d'en référer à leur capitale pour accepter cette suppression.

8. Il n'y a pas de désaccord majeur pour ce qui est de clarifier dans une note interprétative que « les restrictions numériques mentionnées dans ce paragraphe sont des restrictions au nombre maximum de personnes physiques qui peuvent être admises, séjourner ou travailler dans une partie contractante ». Certaines délégations maintiennent une réserve sur le libellé de cette note interprétative.

9. Plusieurs délégations sont préoccupées par l'extension des avantages résultant des dispositions de l'AMI concernant le personnel clé aux résidents permanents d'une autre partie contractante. Suite aux discussions du Groupe de négociation des 23 au 25 avril 1997, le Président a proposé, au moins en ce qui concerne les investisseurs, que les nationaux et les résidents permanents soient inclus. En ce qui concerne les « cadres supérieurs », « directeurs » et « spécialistes », les délégations sont invitées à poursuivre leur réflexion quant à l'inclusion du statut de résident permanent.

Commentaire

Paragraphe 1

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

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

3. Les opinions divergent quant à la nécessité d'inclure une obligation d'emploi préalable. Certaines délégations estiment que cette obligation peut fausser l'investissement en ayant un impact excessif sur les nouveaux investisseurs et les petites et moyennes entreprises, sans avantage corrélatif pour le pays qui procède à l'admission. Ces délégations considèrent en outre que cette obligation ne répond sans doute pas aux véritables besoins d'un investissement et ne doit pas être utilisée pour déterminer si un individu est essentiel ou non à un investissement. Plusieurs délégations jugent toutefois nécessaire une telle obligation ne serait-ce que parce que leur loi nationale en matière d'immigration comporte une disposition en ce sens. Pour une délégation, il faudrait sans doute préciser que l'emploi préalable doit être continu et précéder immédiatement l'admission. Une autre délégation s'est demandé s'il était bien efficace de recourir à une obligation d'emploi préalable pour éviter de contourner les lois nationales sur l'immigration.

Paragraphe 3

Personne physique d'une autre partie contractante¹⁰

Cadres supérieurs, directeurs, spécialistes

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

10. Voir note de bas de page 9.

II. OBLIGATION DE NATIONALITE POUR LES CADRES SUPERIEURS, LES DIRECTEURS ET LES MEMBRES DES CONSEILS D'ADMINISTRATION

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 ou de directeur¹¹ ou comme membres d'un conseil d'administration¹² des personnes d'une nationalité déterminée.

-
11. Les définitions des termes « cadre supérieur » et « directeur » sont les mêmes que pour l'article sur l'admission, le séjour et l'emploi temporaires des investisseurs et du personnel clé. La localisation de ces définitions dans l'accord pourrait être examinée à un stade ultérieur. Il est entendu que les différences d'ordre technique entre les définitions de l'AMI et les définitions nationales pourront être soulignées dans les exceptions spécifiques des pays.
 12. Trois pays maintiennent une réserve en ce qui concerne l'application aux conseils d'administration. Étant donné la diversité des règles de gouvernement d'entreprise, il est proposé que l'AMI s'en tienne aux définitions nationales.

III. OBLIGATIONS EN MATIERE D'EMPLOI¹³

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 valable de séjour et de travail délivré par les autorités compétentes de l'autre partie contractante et que l'emploi concerné est conforme aux conditions et délais prévus dans l'autorisation qui lui a été accordée.

13. 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.

IV. OBLIGATIONS DE RESULTAT¹⁴

1. Une partie contractante ne peut imposer, appliquer ou maintenir l'une quelconque des obligations suivantes, ou faire appliquer un quelconque engagement¹⁵, concernant l'établissement, l'acquisition, l'expansion, l'exploitation, la gestion, l'entretien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou tout autre aliénation¹⁶ d'un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une partie contractante ou d'une partie non contractante¹⁷ :

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

14. Un pays réserve sa position pour toutes les obligations ayant trait aux obligations de résultat qui vont au-delà de celles de l'Accord sur les mesures concernant les investissements et liées au commerce et du traité sur la Charte de l'énergie. Un autre pays maintient une réserve concernant la portée de cet article. Un autre pays réserve sa position quant à la portée des paragraphes 3 à 5 de cet article.

15. L'énumération des activités dans le chapeau suit la liste des activités citées dans les articles concernant le Traitement National/le régime NPF. Toutefois, il est reconnu qu'une compatibilité avec la liste concernant le Traitement National/le régime NPF n'est pas souhaitable dans tous les cas. Plusieurs délégations s'interrogent sur l'insertion des termes de « l'entretien, l'utilisation, la jouissance » ; certaines délégations souhaiteraient une clarification concernant les implications de l'inclusion d'une telle phrase dans cet article, en particulier en ce qui concerne sa signification par rapport aux droits de propriété intellectuelle. Certaines délégations s'interrogent sur la pertinence des termes « vente ou toute autre aliénation », tandis que d'autres soutiennent leur inclusion. Un pays soutiendrait la réinsertion du terme « conduite » et, afin d'assurer une certaine continuité avec la définition de la privatisation à la Section V, le remplacement des termes « toute autre aliénation » par « toute autre disposition ». Les délégations sont invitées à finaliser leur position sur ce sujet.

16. Un pays réserve sa position sur l'inclusion de « maintient ». Ce pays considère que ce terme pourrait obliger les parties contractantes à accomplir la lourde tâche d'extirper des lois et réglementations nationales, des contrats, etc., toutes les exigences non conformes possibles. Il serait suffisant, et administrativement plus commode, de limiter l'obligation d'une partie contractante à celle de ne pas imposer ou de ne pas appliquer les obligations de résultat énumérées.

17. Ce pays a soumis une note explicative sur le libellé de l'article 1106 de l'ALENA [DAFFE/MAI(98)7], qu'il juge beaucoup plus clair que le libellé de l'article de l'AMI sur les obligations de résultat. Ce pays considère que la formulation de l'AMI pourrait être améliorée en ajoutant à la fin du chapeau « ou subordonner le bénéfice ou le maintien du bénéfice d'un avantage au respect de l'une quelconque des obligations suivantes ». Cet ajout aurait pour effet de rendre parfaitement clair que l'article sur les obligations de résultat s'applique à deux types de situation : *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 (comme cela est proposé), il restera toujours un doute quant à l'applicabilité de l'article à l'octroi d'un avantage. Pour ce pays, cette adjonction est nécessaire pour des raisons de sécurité juridique. Comme c'était l'intention avec l'approche de la « liste unique », l'adjonction proposée limiterait l'interdiction dans le deuxième cas (obligation de résultat liée à un avantage) aux « obligations » imposées par les pouvoirs publics. Étendre l'interdiction uniquement à certains « engagements » interférerait indûment avec les pratiques des pouvoirs publics concernant les engagements « volontaires » en contrepartie d'un avantage et pourrait imposer aux parties contractantes la lourde tâche de formuler toutes des exceptions relatives aux accords entre les pouvoirs publics et les entreprises qui contiennent des engagements volontaires « interdits ».

Les autres délégations ne voient pas la nécessité de modifier la structure de l'article.

- (c) acheter, utiliser ou privilégier des biens produits ou des services¹⁸ 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 est imposée de manière qui ne soit pas incompatible avec l'accord sur les ADPIC¹⁹ ;
- (g) localiser son siège, pour une région déterminée ou pour le marché mondial, sur le territoire de cette partie contractante²⁰ ;

18. Il est entendu que la disposition 1(c) n'est pas censée couvrir la prestation transfrontière de services au sens de l'AGCS. Cet accord pourrait être consigné dans un texte qui se lirait comme suit: « Cette disposition n'élargit pas les engagements en matière de prestation transfrontière de services au titre de l'AGCS ». Cet accord pourrait également faire l'objet d'une disposition générale concernant les liens entre l'AMI et l'AGCS. Un pays réserve sa position quant à l'inclusion des « services » au point 1(c) à l'égard des obligations de résultat liées à l'octroi d'un avantage. Il est noté que la question des liens entre l'AMI et l'AGCS pourrait être traitée de différentes manières, notamment par des notes en bas de page.

19. Le libellé de ce tiret est actuellement mis au point en consultation avec les experts de la propriété intellectuelle. Ces experts ne sont pas parvenus à un accord sur le point de savoir si le texte actuel couvre les droits de propriété intellectuelle et droits moraux futurs. Il reste à savoir comment cet article s'articulera avec les autres accords comme les Conventions de Rome et de Berne. Les paragraphes 1(b) et 1(c) peuvent avoir des conséquences pour les droits de propriété intellectuelle. Certaines délégations ont fait observer qu'une disposition générale visant à interpréter les obligations de l'AMI d'une façon qui soit conforme aux autres obligations découlant d'accords internationaux éviterait la nécessité d'un texte spécifique pour les droits de propriété intellectuelle. Il est entendu que la notion de « connaissances exclusives » est de plus large portée que celle de « secrets commerciaux » ou « d'informations non divulguées » (voir l'accord sur les ADPIC, article 39) et peut couvrir les informations rassemblées par un investisseur à partir de sources accessibles au public.

20. Un pays réserve sa position en ce qui concerne l'alinéa (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. On notera que l'interdiction vise uniquement les sièges sociaux ou les quartiers généraux et pas l'établissement d'autres bureaux.

- (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 et développement sur son territoire²¹ ;]
- [(j) recruter un niveau donné de nationaux²² ;] ;
- (k) établir une co-entreprise avec une participation nationale²³ ; ou
- (l) atteindre un niveau minimum de participation nationale au capital en dehors de la détention d'un faible nombre d'actions par les administrateurs ou fondateurs de sociétés²⁴.

-
- 21. Étant donné que la portée du paragraphe 1(i) a été considérablement réduite et qu'une majorité des délégations soutient ou accepte son inclusion, le Président propose de supprimer les crochets et de conserver le texte entre crochets. Un pays maintient une réserve. D'autres délégations sont toujours d'avis que cette disposition devrait être supprimée.
 - 22. Une majorité de délégations peut soutenir ou accepter la rétention du paragraphe (j), étant entendu que les obligations de résidence permanente seront compatibles avec celui-ci et que l'interdiction proposée concernant l'emploi de nationaux n'aura pas d'incidence sur les programmes qui visent des régions ou des personnes défavorisées ni avec d'autres programmes tout aussi légitimes relevant de la politique de l'emploi. Un pays suggère qu'une note interprétative soit introduite pour prendre ceci en compte. Il est confirmé qu'il n'y aura pas de chevauchements avec l'article de l'AMI sur les obligations en matière d'emploi, puisque ce qu'on vise, ce sont les obligations particulières de résultat exprimées 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. Certaines délégations souhaitent la suppression de ce paragraphe. Un autre pays a indiqué que cette obligation pourrait aller à l'encontre de certaines politiques nationales de l'emploi.
 - 23. L'alinéa (k) couvre les co-entreprises, même si elles ne sont pas soumises au paragraphe 1(l) du fait qu'elles n'impliquent pas une participation au capital. Il permet toutefois des obligations de création d'une coentreprise n'impliquant pas une obligation de participation locale au capital qui pourraient être motivées par un souci économique d'étaler les risques. Certaines délégations, maintiennent une réserve d'examen pour ce qui concerne les alinéas (k) et (l), considérant que ces points relèvent de la disposition de l'AMI concernant le traitement national.
 - 24. La formule « en dehors de la détention d'un faible nombre d'actions par les administrateurs ou fondateurs de sociétés » permet de préciser 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, d'une partie contractante ou d'une partie non contractante, au respect d'obligations ou d'engagements visés au paragraphe 1(f) à 1(l)²⁵.

3.²⁶ 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.

25. Il est entendu que le bénéfice ou le maintien du bénéfice d'un avantage en ce qui concerne les alinéas (k) et (l) devra être accordé de façon non discriminatoire (à condition que le pays n'ait pas formulé une exception à cet égard).

Plusieurs délégations considèrent que les préoccupations auxquelles le paragraphe 5(a bis) entend répondre en ce qui concerne les droits et obligations au titre des accords de l'OMC seraient mieux prises en compte si l'on réinsérait le paragraphe 1(a) au paragraphe 2. Cela éviterait notamment des confusions et chevauchements entre les dispositions de l'AMI et de l'OMC en matière de règlement des différends. A cet égard, certaines délégations expriment en particulier leur crainte que si la portée des disciplines prévues au paragraphe 1(a) était définie [comme le propose l'une des options pour le paragraphe 5(a bis) (voir la note en bas de page)] par référence aux disciplines de l'OMC et que donc le paragraphe 1(a) était soumis au dispositif de règlement des différends de l'AMI, l'instance arbitrale de l'AMI devrait alors statuer sur l'existence d'une violation des règles de l'OMC, ce qui n'est pas son rôle. Deux pays sont en outre favorables à une référence aux paragraphes 1(b) et 1(c) dans le paragraphe 2, afin d'exclure du paragraphe 1 les avantages liés aux services. Certaines délégations jugent que l'ajout des paragraphes 1(b) et 1(c) au paragraphe 2 constitue une solution non souhaitable en retrait par rapport à l'accord sur les MIC, parce que cet accord couvre les paragraphes 1(b) et 1(c) pour les biens en toutes circonstances. D'autres délégations considèrent que la réinsertion de l'un quelconque de ces éléments aboutirait à une exclusion trop importante du paragraphe 1, parce que cette exclusion s'appliquerait de façon générale à tous les secteurs ou à toutes les activités économiques et ne serait pas limitée aux exclusions autorisées en vertu des dispositions de l'OMC. Elles préconisent donc plutôt une solution dans le cadre du paragraphe 5(a).

26. Pour la majorité des délégations, cette paragraphe est redondante 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, elles seraient prêtes à accepter que ce paragraphe soit transformé en note de bas de page, compte tenu de l'avis formulé par le conseiller juridique de l'OCDE comme quoi une note de bas de page dans un traité fait partie intégrante du texte et a donc la même valeur juridique. Cependant, certaines délégations estiment qu'il est tout de même nécessaire de préciser expressément que les mesures citées, rencontrées dans de nombreux pays, seront toujours autorisées. Un pays a remarqué, dans la note DAF/MAI/ST/RD(97)7, que, compte tenu du fait que certaines obligations spécifiques pourraient être interprétées comme des préférences locales ou des exigences de contenu local, le texte doit spécifier que tel n'est pas le cas. Ce pays souligne également que la question du statut des notes de bas de page et des notes interprétatives dans le cadre de l'AMI reste à déterminer.

4.²⁷ [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 préservation des végétaux ;
- (c) nécessaires pour la conservation des ressources naturelles épuisables, biologiques ou autres^{28 29}.]

27. Dans leur majorité, les délégations ne voient pas la nécessité du paragraphe 4. Elles estiment que le texte proposé est trop large, notamment en ce qui concerne le paragraphe 4(a). Certaines délégations se demandent en outre s'il faut une note interprétative. Si cela est nécessaire, les délégations considèrent, dans leur majorité, qu'elle devrait s'inspirer de la proposition suivante d'un pays :

« A 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 les mesures nécessaires pour assurer la conformité aux lois et réglementations [qui ne sont pas par ailleurs incompatibles avec les dispositions du présent accord et] qui sont nécessaires pour la conservation des ressources naturelles épuisables, biologiques ou autres, [ou qui sont nécessaires pour la protection de la vie et de la santé humaine ou animale ou pour la préservation des végétaux]. »

Il est reconnu que les délibérations générales du Groupe de négociation concernant les questions environnementales serviront d'orientations pour la solution à adopter pour cet alinéa.

28. Un pays souhaite qu'on ajoute au paragraphe 4(c) les termes « dans sa juridiction », afin d'indiquer clairement que cette disposition n'a pas d'incidence extraterritoriale.

29. 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 pays. Ce 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. »

Ce pays suggère également de remplacer les termes de « nécessaire 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.

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.

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 promotion³⁰ des exportations et d'aide extérieure ;

[(a bis) les paragraphes 1(a), 1(b) and 1(c) ne s'appliquent pas aux :

- mesures liés(e)s au secteur agricole;
 - subventions liées aux échanges de services³¹ ;]
- (b) Les paragraphes 1(b), 1(c), 1(f) et 1(h) ne s'appliquent pas aux marchés passés par une partie contractante ou par une entité détenue ou contrôlée par une partie contractante³² ;
- (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^{33,34}.

-
30. 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.

31. 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).

Un pays suggère d'ajouter le corps de phrase suivant à la suite de « secteur agricole » : « couvertes et compatibles avec les droits et obligations résultant des accords de l'OMC ». Un autre pays s'interroge sur l'éventualité d'exclure ce secteur en ce qui concerne les obligations de résultat à l'exportation non liées à un avantage.

Les discussions concernant le paragraphe 5 (a) bis se sont concentrées sur : a) la nécessité d'une référence spécifique aux mesures couvertes par les accords de l'OMC ; b) la portée d'une telle référence ; et c) l'articulation avec le paragraphe 2.

Il est entendu que l'article sur les obligations de résultat ne doit pas aller à l'encontre des engagements des parties contractantes en vertu des accords de l'OMC. Il est également généralement reconnu que cet article ne doit pas aller à l'encontre des droits et obligations de l'OMC dans le secteur agricole. Certaines délégations estiment en outre que l'AMI ne devrait pas tenter de régir les subventions liées aux services puisque ce sujet est actuellement discuté au sein de l'OMC. Un pays note que le projet actuel mentionne les « subventions » alors que le paragraphe 1 couvre les « avantages » de manière plus large. Certaines délégations sont d'avis que cette question devrait être abordée dans le contexte du paragraphe 2.

Deux délégations ont suggéré la formule suivante comme alternative possible au paragraphe 5(a) bis :

« 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. »

32. 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).

33. Un pays a présenté l'exemple suivant pour illustrer la nécessité de l'alinéa (c), et les délégations ont jugé utile de la rappeler :

« Le fabricant d'un pays A de textiles établi dans un pays B fabrique et coupe des tissus pour vêtements dans ce pays B, envoie les pièces de vêtement dans un pays bénéficiaire d'un programme spécial pour

V. PRIVATISATION³⁵

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)³⁶ ; et
- (b) aux opérations ultérieures concernant un bien privatisé³⁷.

[Paragraphe 1a (systèmes de coupons)]

2. Nonobstant le paragraphe 1, les dispositifs en vertu desquels des 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]³⁸.

assemblage et finition, puis réimporte les vêtements au 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 mérite d'être approfondie. Il peut aussi y avoir un lien avec les points évoqués en ce qui concerne l'alinéa (a). Le pays ayant présenté l'exemple ci-dessus a accepté de faire circuler toute documentation pertinente avant le prochain cycle de négociations.

- 34. Il a été convenu de retirer le para 5 (d) du document DAF/MAI(97)13/REV1.
- 35. Trois pays réservent leur position pour toutes les obligations en matière de privatisation.
- 36. Un autre pays réserve sa position.
- 37. 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 experts juridiques examinent quelle devrait être, en définitive, la formulation de cette disposition, compte tenu de l'accord qui vient d'être évoqué.
- 38. Un pays est prêt à retirer cette proposition si l'on ne fait plus référence aux systèmes de coupons au paragraphe 3, option 2, point d.

Paragraphe 2 (droit de privatiser)

3. Aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée comme imposant à une partie contractante une obligation de privatiser³⁹.

39. 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)^{40 41}

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 des investisseurs ou des investissements d'une autre partie contractante à raison de leur nationalité ou de leur résidence permanente⁴².

Option 2⁴³

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 3⁴⁴

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'encontre des investisseurs étrangers et de leurs investissements sont contraires aux obligations de

40. Les travaux concernant le paragraphe 3 se sont fondés sur l'option 1, à laquelle un grand nombre de délégations sont favorables. Toutefois, un pays maintient sa préférence pour l'option 2. Ce pays ne peut 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 autre pays propose de supprimer le paragraphe 3.

41. Il est rappelé que la question de la possibilité de formuler des exceptions après l'entrée en vigueur de l'AMI dans le domaine des privatisations est à l'étude par le Groupe de négociation.

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

43. 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.

44. 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 également entendu que, lorsque, dans leur application, les régimes spéciaux d'actionariat se traduisent par une discrimination de facto, ils sont également contraires au traitement national/au régime NPF.

[Option 4⁴⁵

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 décision relative à ces biens après privatisation ou s'opposer à une 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 ces 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.]

45. Cette proposition d'un pays n'a pas été examinée par les délégations.

Paragraphe 4 (transparence)⁴⁶

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^{47*}.

*** Note en bas de page**

Cette note en bas de page confirme l'application de l'article YY concernant la transparence. Elle confirme également que 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 toutes les modalités d'information du public sur une opération de privatisation⁴⁸.

46. Un autre pays réserve sa position à l'égard de l'article sur la transparence. Il estime que les sujets de la privatisation et des concessions, qui sont des sujets connexes, doivent être traités sur une base strictement parallèle. Il estime également que les obligations de transparence doivent s'appliquer à tous les niveaux d'administration. Ce pays subordonne donc son accord pour l'inclusion d'une clause de transparence sur la privatisation à l'inclusion d'une clause similaire pour les concessions.

47. 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 autre pays note qu'il est nécessaire d'examiner les implications potentielles de la disposition qui est proposée concernant les transactions financières de marché légitimes. Ce pays propose l'adoption de 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 ». 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.

48. Il est entendu que ce texte n'empêche pas l'application des lois nationales en matière de sécurité nationale et législation de change. Il est également entendu que les méthodes utilisées pour rendre publique les informations peuvent être variables, notamment dans le cas de petites privatisations. Un pays a proposé que l'exception à l'obligation de transparence concernant les ventes de minima et à la suite d'incendies soit mentionnée dans une note de bas de page.

Paragraphe 5 (définition)

9. On entend par « privatisation » la vente, par une partie contractante, d'une partie ou de la totalité de sa participation au capital⁴⁹ d'une entité ou toute autre aliénation ayant substantiellement le même effet*.

* Cette définition

- ne couvre pas les opérations entre niveaux d'administration ou entités d'une même partie contractante ;
- couvre des ventes ou autres aliénations séquentielles (ventes ou aliénations par tranches)^{50 51}
- exclut les opérations réalisées dans la conduite normale des affaires⁵².

49. Un pays est d'avis que la vente des actifs d'une entreprise publique telle que la vente d'une division ou d'une entité doit être couverte par la définition. Un autre pays préférerait la définition précédente, mais est disposé à accepter la formulation alternative « de sa participation au capital ou d'autres intérêts ». Les délégations ont accepté de revenir sur la discussion de la signification des termes « toute autre aliénation ayant substantiellement le même effet » lors de la prochaine réunion.

50. En substance, les délégations s'accordent généralement à penser que la définition révisée couvre les ventes ou aliénations séquentielles de participations au capital. La majorité des délégations estiment que ce second tiret n'est pas nécessaire au vue de cette définition révisée de la privatisation. Une délégation estime qu'il serait tout de même important de confirmer cette portée de la définition en conservant ce second tiret. Les délégations sont invitées à se pencher davantage sur cette question. Un pays soutient que la référence à « une entité » dans la définition révisée du paragraphe 9 devrait être qualifiée par l'ajout des termes suivants : « qu'elle possède ou qu'elle contrôle par participation ».

51. Étant donné que la définition révisée ne fait pas référence spécifiquement au « capital », il est admis qu'il n'est plus nécessaire d'envisager le troisième tiret suivant : « [exclut les ventes ou aliénations de minima, par exemple sous forme de ventes à la suite d'incendies ou d'équipement de bureau obsolète ;] [exclut les ventes et aliénations de biens en surplus ;] ».

52. Il est entendu que les opérations réalisées par des entités créées en vue de la vente ou de toute autre aliénation des participations d'une partie contractante dans une entité, sont couvertes par la définition révisée en vertu de l'article de l'AMI concernant les entités investies de prérogatives publiques déléguées (voir la section VIII).

VI. MONOPOLES/ENTREPRISES D'ETAT/CONCESSIONS

A. Article sur les monopoles⁵³

1. Aucune disposition du présent accord ne peut être interprétée comme empêchant une partie contractante de maintenir, de désigner ou d'éliminer un monopole⁵⁴.
2. Chaque partie contractante [s'efforce d'accorder]⁵⁵ accorde un traitement non discriminatoire lorsqu'elle désigne un monopole.

Paragraphe 3⁵⁶, chapeau :

3. Chaque partie contractante veille à ce que tout monopole à capitaux privés que ses autorités nationales [ou infranationales] [maintiennent]⁵⁷ 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 ;

Alinéa b)

-
53. Un pays réserve sa position pour toutes les obligations concernant les monopoles qui vont au-delà de celles du GATT et de l'AGCS.
 54. 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 de bas de page ou d'une note interprétative concernant ce paragraphe. Il est entendu que l'expression « Aucune disposition du présent accord » ne permettrait pas à une partie contractante de se soustraire à ses obligations en vertu de l'article de l'AMI relatif aux expropriations et indemnités. Une délégation serait prête à accepter la suppression des crochets si une formulation alternative, telle que celle envisagée pour l'article de l'AMI sur les exceptions générales (« Cet article ne s'applique pas à l'article sur l'expropriation et l'indemnisation »), était adoptée.
 55. 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.
 56. Une large majorité des délégations estime que la question des pouvoirs réglementaires délégués sur les monopoles devrait faire l'objet d'un article relatif à une clause anti-contournement pour les entités jouissant d'une autorité gouvernementale déléguée ; en conséquence, elles soutiennent la suppression du paragraphe 3(a) dans DAF/MAI/ST(97)13.
 57. Un pays éprouve des difficultés avec le terme « maintiennent », car cela pourrait créer des disciplines en ce qui concerne 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. Un autre 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.

- (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 commerciale⁵⁸ ;

Alinéa c)

*Option 1*⁵⁹

- (c) n'abuse pas de 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 ou]⁶⁰ 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'éviction⁶¹ ;

*Option 2 : suppression*⁶²

-
58. 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.
59. Ce projet d'article, initialement proposé par un pays [DAFFE/MAI/ST/RD(97)6], est appuyé par plusieurs délégations. Un autre pays note que la notion de « pratiques anticoncurrentielles » ne devrait pas poser problème puisque l'AGCS contient des obligations concernant les pratiques anticoncurrentielles qui font partie de l'accord sur les télécommunications de base (voir le document de référence de l'AGCS).
60. L'inclusion du terme « investisseur » confirmerait l'application du paragraphe 3(c) à la phase antérieure à l'établissement. Certaines délégations font valoir que leur accord pour l'option est subordonné à cette condition. Un certain nombre de délégations font toutefois remarquer que la prise en compte de cette phrase pourrait créer des problèmes pour les procédures de règlement de différends de l'AMI et ne devrait donc pas être retenue.
61. Un pays a pu accepter la suppression des termes « et, en particulier par un usage abusif des prix », à condition que cette pratique soit couverte par les termes « comportement d'éviction ». Un autre pays estime que les termes « usage abusif des prix » ont une portée plus large que la notion de pratiques anticoncurrentielles.
62. L'option « suppression » reçoit l'appui de certaines délégations qui souhaitent éviter une intrusion indue dans le domaine de la politique de la concurrence. Un certain nombre de délégations sont en faveur, à titre de position de repli, à l'inclusion d'un alinéa (c) s'inspirant de l'article VIII de l'AGCS, qui se lirait comme suit :

« c) 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. »

Un pays estime que cette dernière proposition ne présente pas un intérêt réel pour l'article sur les monopoles et pourrait même être politiquement contre productive.

[Alinéa d)]⁶³

[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, les possibilités de commercialisation et les 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 marchés⁶⁴.

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]⁶⁵.

63. Une grande majorité de délégations sont en faveur de la suppression de l'alinéa 3(d) et des deux alinéas suivants. Un pays serait disposé à accepter la suppression de l'alinéa 3(d) à condition que soient maintenus les deux autres alinéas. Deux pays, qui sont favorables à l'alinéa (d) dans sa totalité, restent pour le maintien de ce texte.

Un pays apporte un certain nombre de précisions en faveur de l'inclusion de l'alinéa (d). De son point de vue, 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 indiquerait 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 ».

64. Les délégations se sont demandé s'il ne fallait pas maintenir ce paragraphe sous la forme d'une note interprétative, surtout si l'alinéa (d) est supprimé. Un pays estime qu'une clarification serait utile pour l'ensemble du paragraphe 3, et notamment l'alinéa 3(a). Un autre pays est d'avis que le seul lien pertinent avec les alinéas du paragraphe autre que l'alinéa (d) concerne l'alinéa 3(a). Dans ce contexte, l'alinéa 3(d) est superflu puisque l'application du principe de non-discrimination figurant à l'alinéa (a) est limitée aux « circonstances similaires », ce qui permettrait une discrimination sur la base de considérations commerciales. Certaines délégations sont en faveur de la suppression des deux alinéas même si elles n'excluent pas l'existence d'un lien avec les autres alinéas.

65. Une grande majorité de délégations considèrent que la clarification visée par ce paragraphe n'est pas nécessaire, surtout si l'alinéa (d) est supprimé. Un pays estime que ce paragraphe explicatif concerne également l'alinéa 3(c).

[Paragraphe 4⁶⁶

[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 notifie⁶⁷ au Groupe des parties tout monopole désigné existant dans les [60]⁶⁸ 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]⁶⁹ 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 du paragraphe 3 (b), (c), (d) ou (e) du présent article.]⁷⁰

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

67. Un pays propose que la notion de notification préalable figurant 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.

68. Il est proposé de retenir comme option le délai de trois mois, qui est le délai de notification pour les monopoles prévu à l'article VIII.4 de l'AGCS. Le délai de notification pourrait être également fixé à la lumière des autres obligations de notification susceptibles de résulter de l'accord.

69. La question de la notification des monopoles est également liée à la question traitée au paragraphe 4 du présent article.

70. 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 entre États. Du reste, 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 ils sont d'avis que les parties contractantes ne devraient prendre que des engagements qu'elles seront déterminées à défendre face aux investisseurs.

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

i) Suppression⁷¹

ii) Dispositions additionnelles

a. Proposition de deux pays⁷²

[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 article⁷³.]

b. Proposition d'un pays⁷⁴

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

71. Dans leur grande majorité, les délégations sont en faveur de cette solution du fait notamment que la clause anti-contournement figurant à la section VIII couvre toutes les entités, c'est-à-dire à la fois les entreprises d'État et les entreprises privées, auxquelles des prérogatives ont été conférées.

Un certain nombre de délégations soulignent les difficultés d'ordre juridique et pratique que rencontreraient les gouvernements pour s'assurer de la conformité du comportement des entreprises d'État et leur affiliées avec les obligations de dispositions additionnelles telles que celles proposées par deux pays.

72. Ces 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 proposent également que le terme « entreprise d'État » soit remplacé par « entreprise qu'elle possède ou contrôle ».

Un pays fait observer qu'en droit de ce pays l'État en qualité d'actionnaire n'a aucun droit spécial par rapport aux autres actionnaires. Une mesure législative serait nécessaire.

73. Certaines délégations considèrent que ce paragraphe est nécessaire quelle que soit l'option retenue. D'autres délégations estiment que toute discipline additionnelle devrait être soumise à la fois aux procédures de règlement de différends entre États et aux procédures entre un investisseur et un État. Un pays souhaiterait que ce paragraphe s'applique aussi bien aux paragraphes 1 et 2.

74. Cette proposition est présentée en guise de compromis par un pays, qui lui préfère néanmoins l'option (a) (c'est-à-dire pas de dispositions additionnelles). Elle vise tous les moyens possibles d'exercer une influence autre que la propriété de l'État (par exemple l'octroi de contrats à des entreprises privées). Cette proposition n'a pas reçu un large appui.

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 monopole⁷⁵.

Paragraphe 3

3. « Monopole » signifie une personne ou une entité qui est désignée par une [autorité publique nationale [ou infra-nationale⁷⁶] [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. Il ne comprend pas une personne ou une entité à laquelle a été octroyé un droit de propriété intellectuelle [, une concession, une licence, une autorisation ou un permis]⁷⁷ exclusif du seul fait de ce droit ou de l'exercice de ce droit⁷⁸.

75. Un pays maintient une réserve d'examen sur ce paragraphe, qui est également liée à la portée du texte introductif du paragraphe 3 de l'article sur les monopoles.

76. 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 ».

77. La majorité des délégations acceptent que, conformément au point (vii) de la définition de « l'investissement » dans l'AMI, tous les droits acquis en vertu d'une loi ou d'un contrat, tels qu'une concession, une licence, une autorisation ou un permis doivent être couverts par les obligations de l'AMI. Toutefois, un pays a souligné que, étant donné que la définition proposée du « monopole » au paragraphe 3 est si large, elle comprend ces droits et que, par conséquent, ces droits sont issus des obligations de l'AMI. Un autre pays réserve sa position.

Toutes les délégations, à l'exception d'une, sont favorables à la suppression du texte entre crochets « [, une concession, une licence, une autorisation ou un permis] ». Une délégation soutient la suppression du texte entre crochets car elle estime que les monopoles et les concessions couvrent des concepts juridiques différents et que, par conséquent, les dispositions relatives aux monopoles ne sauraient s'appliquer aux concessions. Cette dernière distinction devrait être introduite de manière explicite dans le texte.

La question de la propriété intellectuelle est considérée généralement comme un sujet différent qui mérite l'exclusion proposée dans le paragraphe.

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 :

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 contractante⁷⁹.

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 accord⁸⁰.

« **Les "concessions" et "autorisations" impliquent une désignation par une autorité publique, mais n'entraînent pas nécessairement des droits de monopole. »

Une délégation a fourni des explications concernant son souhait de conserver le texte entre crochets. Les monopoles et les concessions sont deux entités juridiques différentes et ont deux effets économiques différents, à savoir, dans le premier cas, de soustraire une activité économique à la concurrence et, dans le second cas, d'organiser la concurrence autour d'une certaine activité économique. Ces différences requièrent des traitements différents des obligations de l'AMI en ce qui concerne l'identification des monopoles (« une obligation d'efforts maximums »), par exemple l'obligation de fournir un service ou un bien public, et l'attribution de concessions (obligations complètes du Traitement national/clause NPF). Toutefois, l'AMI pourrait imposer une obligation non-discriminatoire sur la conduite des personnes ou entités qui se sont vues attribuer des « droits de monopole ». Une des façons d'atteindre ce résultat pourrait être de modifier la dernière partie de la définition comme suit :

« mais ne couvre pas les personnes ou entités auxquelles ont été accordées des droits en vertu de lois ou de contrats, tels que des concessions, des licences, des autorisations, que ces droits incluent ou non des droits de monopole. Toutefois, une personne ou entité qui acquiert des droits de monopole en raison de la mise en œuvre de tels lois ou contrats doit se soumettre aux obligations du paragraphe 3 de l'article sur les monopoles dans l'exercice de ces droits. Elle ne couvre pas non plus les personnes ou entités auxquelles ont été accordées un droit exclusif de propriété intellectuelle du seul fait de cet octroi, ou de l'exercice de ce droit. »

Une autre façon serait d'ajouter, à la fin de la définition du monopole, comme cela a été proposée par cette même délégation, les termes « pour une période indéterminée ».

78. Il y a accord pour que la définition exclue expressément les droits exclusifs 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] ».

Certaines délégations réservent leur position en attendant, entre autres, les discussions concernant les liens entre monopoles, concessions, autorisations, etc.

79. Certaines délégations proposent l'insérer le terme « commercial » après « d'un bien ou d'un service » pour clarifier en particulier, que les « marchés en cause » dans le cas des monopoles ne sauraient couvrir les services fournis par les administrations publiques tels que la délivrance de passeports et de permis de conduire. Une majorité de délégations reconnaissent également que l'inclusion des termes « sur le territoire d'une partie contractante » à la fin du paragraphe présente l'avantage de préciser la notion de « marché en cause » qui apparaît également dans les paragraphes 3(a) et 3(b) de l'article A sur les monopoles. L'inclusion de ces termes rendrait superflue une référence similaire dans le paragraphe 3 concernant la définition du « monopole ». Un pays est d'avis que la définition proposée doit être améliorée à des fins de clarté et de transparence. Un autre pays attire l'attention sur le fait que la notion de « marché en cause » a été discutée au Comité de l'OCDE du droit et de la politique de la concurrence [DAFFE/CLP/CSG93]7] et que les résultats de ces travaux devraient être pris en compte.

80. Trois pays doutent que cette définition soit nécessaire.

Paragraphe 6

[6. « On entend par entreprise d'État » [sous réserve de l'annexe...], une entreprise détenue, ou contrôlée au moyen d'une participation au capital, par une partie contractante⁸¹.]

[D. Article sur les concessions^{82 83}

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 qualification⁸⁴ ;
- 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'OCDE⁸⁵.

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.

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

82. 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.

83. Un autre 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].

84. 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.

85. 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*⁸⁶

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 infra-nationale.

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 services publics, y compris la gestion de réseaux ou d'infrastructures, éventuellement associées à la construction de tout ou partie des réseaux ou infrastructures, ainsi que l'exploitation de ressources naturelles.

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

86. 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. »

[VII. ARTICLES SUR L'ATTRIBUTION D'AUTORISATIONS POUR LA PROSPECTION, L'EXPLOITATION ET LA PRODUCTION DE MINÉRAUX, Y COMPRIS D'HYDROCARBURES⁸⁷

« (1) Aux fins du présent article, on entend par "autorisation" toute loi, réglementation ou disposition ou instrument de nature administrative ou contractuelle adopté en vertu de cette loi ou réglementation par lesquels les autorités compétentes d'une partie contractante autorisent tout investisseur ou groupe d'investisseurs d'exercer, pour son compte et à ses propres risques, le droit exclusif de prospector, d'explorer ou de produire des minéraux, y compris des hydrocarbures, dans une région géographique.

(2) Conformément au présent accord⁸⁸, les parties contractantes peuvent établir :

(a) des procédures à suivre pour l'attribution d'autorisations, en vertu desquelles tous les investisseurs intéressés peuvent soumettre une demande conformément au présent article ;

(b) des critères sur la base desquels les autorisations sont attribuées ;

(c) des conditions et des exigences, y compris une exigence de participation de l'État, concernant l'exercice ou la cessation d'activités de prospection, d'exploration et de production de minéraux, y compris d'hydrocarbures, figurant dans l'autorisation ou devant être acceptées avant l'attribution de l'autorisation.

(3) Les parties contractantes appliquent les procédures, critères, conditions et exigences visés au paragraphe (2) ci-dessus d'une manière transparente et objective et de façon qu'il n'y ait pas de discrimination à raison de la nationalité entre les investisseurs en ce qui concerne l'accès aux activités de prospection, d'exploration et de production de minéraux, y compris d'hydrocarbures, et l'exercice de ces activités.

87. Une majorité de délégations pourrait accepter la proposition suivante faite par une délégation afin de clarifier le traitement dans l'AMI de l'attribution d'autorisations pour la prospection, l'exploitation et la production de minéraux, y compris d'hydrocarbures, considéré comme un secteur d'activités économiques important dans de nombreux pays de l'AMI. Plusieurs délégations réserve néanmoins leur position sur une partie ou la totalité de la formule de l'article proposé. Certaines délégations se réservent le droit d'examiner cette proposition, y compris au vue des autres dispositions de l'AMI, avant de prendre position sur cet article.

88. Il est entendu que les mesures ou procédures couvertes par cette proposition devront être compatibles avec les obligations en vertu de l'AMI. En outre, certaines délégations s'interrogent sur la question de savoir si cette idée ne serait pas mieux formulée en remplaçant la formule « Conformément au présent accord » par cette formule alternative : « Dans la mesure où ces mesures sont conformes à cet Accord ».

VIII. ENTITES INVESTIES DE PREROGATIVES PUBLIQUES DELEGUEES⁸⁹

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.

89. 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 DAFFE/MAI/ST(97)13 a donc été 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 57). 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 infranationales. Cette question est bien évidemment liée au problème plus général du traitement des entités infranationales dans l'ensemble de l'AMI.

IX. 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'article suivant, que les délégations qui préféreraient des disciplines de plus large portée considèrent néanmoins comme un texte de compromis.

Article⁹⁰

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']⁹¹ [aux] incitations à l'investissement⁹².

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'investissement⁹³. [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^{94,95}.]]

3.⁹⁶ [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.⁹⁷ Ces

90. Le Groupe a mené ses travaux à partir du rapport du Groupe d'experts n° 2 concernant le traitement des incitations fiscales [DAFFE/MAI/EG2(97)1].

91. Certaines délégations sont favorables à la suppression des termes « l'octroi d' ».

92. 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.

93. 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 prises en compte au paragraphe 3 du projet d'article.

94. 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 concernant le règlement des différends et le rôle du Groupe des parties sont adéquates 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.

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

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

97. Certaines délégations sont d'avis que l'AMI devrait comporter des disciplines supplémentaires pour les incitations à l'investissement dès son entrée en vigueur. Une autre délégation a mis en garde contre les

négociations prendront en compte le rôle des incitations à l'investissement au regard des objectifs de politiques telles 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 positive⁹⁸, [la transparence⁹⁹], le statu quo et le démantèlement¹⁰⁰.]

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 la réalisation d'un investissement d'une partie contractante ou d'une partie non contractante sur son territoire].

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.

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

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

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

Commentaire ¹⁰¹

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

101. Ces commentaires reflètent l'état de la discussion à la fin du mois de décembre 1996 [DAFFE/MAI/EG3(96)22].