

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

Diapositive 1



Engagements spécifiques
au titre de l'AGCS

Monsieur Pierre Latrille
Division du Commerce des Services

World Trade Organization
Organisation Mondiale du Commerce
Organización Mundial del Comercio


WTO
OMC

slide 1

Bonjour, je m'appelle Pierre Latrille, je travaille dans la Division des Services à l'Organisation Mondiale du Commerce. Bienvenue dans ce projet-pilote d'éducation à distance. Aujourd'hui, je vous parlerai des engagements spécifiques au titre de l'AGCS, c'est-à-dire, en clair, comment des fonctionnaires d'un Ministère du Commerce, peuvent, en quelque sorte, "fabriquer" l'offre de leur pays à l'OMC, puisque comme vous savez, nous avons des négociations qui ont commencé en l'an 2000 et qui doivent s'achever en principe en décembre 2004, et au cours desquelles les différents Membres de l'OMC vont devoir échanger des offres et des requêtes en matière de services qui ont vocation, à terme, à se transformer en engagements. C'est extrêmement compliqué et je vais essayer de vous expliquer le pourquoi du comment.

Objectifs

- Inspirés par la pratique du GATT
- Force de loi
- Transparence des engagements
- Possibilité de libéralisation progressive


slide 2

Les listes d'engagements, c'est quelque chose qui est en fait imité et dont on a pris le principe dans le GATT. En matière de GATT, vous le savez, on consolide les droits de douane, et pour ce faire, on utilise un simple tableau avec 2 colonnes: dans la première colonne, le nom du produit, et dans la deuxième colonne, le droit de douane que l'on consolide, c'est-à-dire que l'on s'engage à ne jamais dépasser: par exemple, automobile, 10 %. Pour les Services, c'est la même chose, c'est seulement un peu plus compliqué, puisque l'on a, au lieu d'avoir un tableau avec 2 colonnes/1 ligne, 4 colonnes et 4 lignes. Ce qu'il est important de savoir également, c'est que ces listes d'engagements ont force de loi car il ne s'agit pas seulement d'un papier sur un coin de table, c'est un morceau du traité qui peut être invoqué en règlement des différends, et c'est pour cette raison que chaque mot compte et qu'il faut faire extrêmement attention. L'intérêt de ces engagements est qu'ils assurent la transparence du système réglementaire des pays donnés, c'est-à-dire que ces engagements permettent de savoir ce qui est permis et ce qui ne l'est pas, ce qui est garanti et ce qui ne l'est pas.

L'autre intérêt de ces listes d'engagements, c'est qu'elles sont modulables puisqu'il n'y a pas une liste identique à une autre et qu'elles varient considérablement dans leur volume. Si vous prenez la liste de Madagascar, par exemple, elle fait 3 pages et elle couvre 2 sous-secteurs sur 160. Si vous prenez maintenant la liste de la Communauté Européenne, elle fait 150 pages et couvre 120 secteurs sur 160. Donc, ces listes d'engagements sont le moyen de ce que l'on appelle dans notre jargon, *la libéralisation progressive*, c'est-à-dire que ce sont elles qui permettent par l'ajout progressif de nouveaux secteurs et par le démantèlement progressif des restrictions qui figurent en face de ces secteurs, d'avancer à terme et au rythme que chaque pays choisit vers la libéralisation progressive des secteurs de service.

Listes d'engagements spécifiques (article XX)

- Contenu des listes
- Domaine commun aux articles XVI et XVII
- Guide pour l'établissement des listes

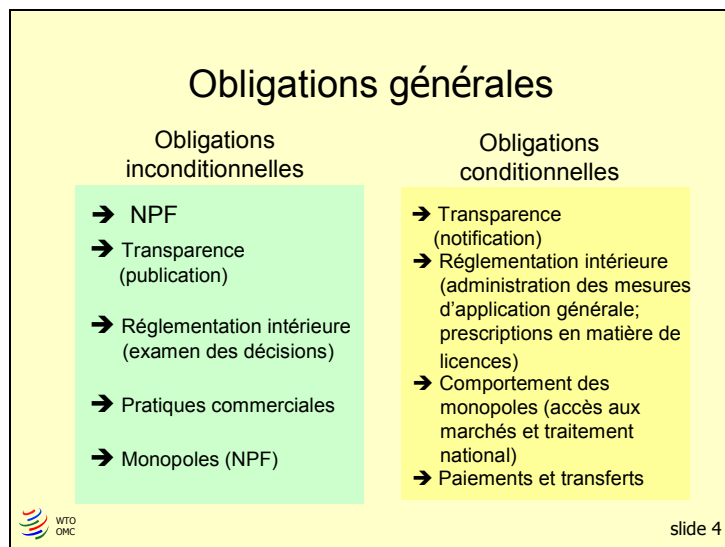
slide 3

Nous allons aborder maintenant la base juridique des ces engagements qui se trouve dans l'article XX de l'Accord AGCS. Cet article en fait a 3 composantes essentielles. En premier lieu, cet article décrit le contenu des listes d'engagements. Ce contenu des engagements, c'est en fait une liste des restrictions que les pays imposent aux opérateurs de service d'une manière légitime. Ces restrictions sont divisées d'une part entre les restrictions à l'accès au marché et d'autre part au traitement national, et c'est ce qui explique cet article.

Ensuite cet article règle ou essaie de régler un des problèmes, qui est que certaines restrictions sont à la fois des restrictions à l'accès au marché et au traitement national qui sont des concepts que j'expliquerai un peu plus loin. Dans ce cas-là, l'article explique que quand une restriction est à la fois une restriction à l'accès aux marchés et au traitement national, elle doit être listée dans la colonne "Accès aux marchés". Enfin, cet article XX donne quelques indications sur la façon de rédiger ces listes.

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

Diapositive 4



Il faut revenir à la structure générale de l'AGCS. L'AGCS contient en fait 2 types d'obligations pour les États. D'une part, ce que l'on appelle des obligations inconditionnelles, et d'autre part, des obligations conditionnelles. Les obligations inconditionnelles s'appliquent aux États Membres de l'OMC, qu'ils aient ou qu'ils n'aient pas d'engagements dans le secteur considéré. C'est-à-dire que ces obligations s'appliqueront même s'il n'y a pas de listes d'engagements.

La première des ces obligations, et la plus importante, c'est *la clause de la nation la plus favorisée*: en clair, traiter les étrangers de la même façon, et ce, de façon immédiate et inconditionnelle.

La deuxième obligation inconditionnelle, c'est *la transparence*. La transparence en matière de services, est assurée par la publication, par l'État considéré, dans sa propre langue, de toutes les mesures d'application générale, par exemple, les décrets, les arrêtés, les circulaires, les lois, à l'exclusion bien évidemment des décisions individuelles. Il n'y a pas, dans l'AGCS, de système de notification généralisée à l'OMC parce que ce serait beaucoup trop lourd si l'on prend en considération le nombre important de services et l'étendue des législations en matière de services.

La troisième obligation générale qui s'applique à tous les secteurs de service, c'est l'obligation d'instituer une procédure de réexamen des décisions. Cette procédure peut être administrative ou judiciaire, ou bien les deux. D'une façon générale, ce n'est pas une obligation très lourde puisque dans tous les états de droits, les décisions administratives sont susceptibles d'appel et de recours juridictionnels. Il y a également des obligations relativement restreintes qui concernent les pratiques commerciales restrictives et quelques obligations qui concernent les monopoles, lesquels monopoles ne peuvent utiliser leurs monopoles pour porter atteinte à la clause de la nation la plus favorisée.

En second lieu, il y a une série d'obligations conditionnelles qui ne rentrent en vigueur et se sont déclenchées que s'il y a des engagements. Donc, il faut bien être conscient que, si vous prenez un engagement et si vous inscrivez un secteur dans l'une de vos listes, alors, le contenu de ce carré à droite va entrer en vigueur.

La première obligation, c'est à nouveau une obligation de transparence, c'est-à-dire que dans le cas où il y a des engagements, les obligations de transparence sont plus fortes. En l'espèce, l'État doit notifier une fois par an les changements significatifs, dans sa législation, qui affectent le commerce des services. Il ne doit pas notifier la loi en entier; il y a un formulaire standard qui fait 1 page. Malheureusement ces obligations de notification sont assez peu respectées.

En deuxième lieu, il y a également des obligations particulières en ce qui concerne la réglementation intérieure, c'est-à-dire que ces mesures de réglementation intérieure doivent être appliquées d'une manière qui ne soit pas plus lourde que nécessaire et qui ne doivent pas constituer en elles-mêmes – notamment en ce qui concerne les prescriptions en matière de licence – des obstacles déguisés au commerce des services.

Enfin, il existe à nouveau des obligations pour les monopoles. Cette fois, les monopoles ne peuvent pas abuser de leur monopole pour violer les obligations d'accès aux marchés et les obligations de traitement national souscrites par l'État.


Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

Diapositive 5

Une liste en blanc...

LISTE D'ENGAGEMENTS SPÉCIFIQUES DU MEMBRE X

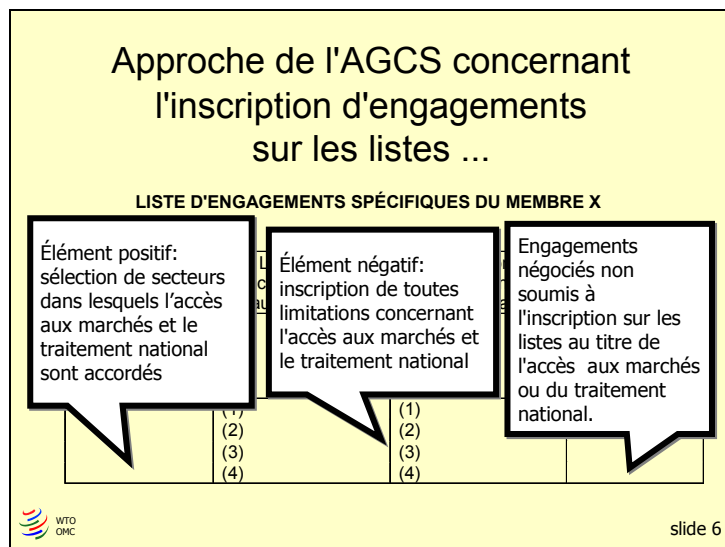
| Secteur ou sous-secteur | Limitations concernant l'accès aux marchés | Limitations concernant le traitement national | Engagements additionnels |
|-------------------------|--|---|--------------------------|
| | (1) (2) (3) (4) | (1) (2) (3) (4) | |
| | (1) (2) (3) (4) | (1) (2) (3) (4) | |

 slide 5

Une liste d'engagements, comme je vous le disais en introduction, c'est un tableau qui a 4 colonnes et 4 lignes, et les listes d'engagements de l'OMC, c'est 4 000 ou 5 000 pages de tableaux de ce type. Je me souviens avoir personnellement assisté à la conférence ministérielle de Marrakech en 1994 qui a marqué la fin de l'Uruguay Round et sa signature par les ministres: il y avait une table grande comme 2 fois la table sur laquelle je m'exprime avec une pile de documents atteignant une hauteur de 30 cm! Et il y avait un petit ruban qui passait dans les trous de tous ces documents, et ces documents, pour une large part, peut-être pour 1 m3, étaient constitués des 5 000 pages de listes services!

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

Diapositive 6



Dans la première colonne: le secteur ou le sous-secteur, on inscrit le secteur de services. Qu'est ce qu'un secteur de services? Nous avons une liste - que dans notre jargon nous appelons la MTN/GNS/W120 - de 160 sous-secteurs. Ces 160 sous-secteurs sont regroupés en 12 gros secteurs, tels que: les services aux entreprises, les services financiers, la distribution, la construction, les transports, et eux-mêmes sont divisées en sous-secteurs, par exemple pour les transports: les transports maritimes, les transports aériens, les transports terrestres, les transports par voie fluviale, et pour les services financiers: les banques, les assurances, les activités boursières. Et enfin, ces sous-secteurs sont eux-mêmes divisés en "sous sous-secteurs", par exemple à nouveau pour les transports terrestres, le transport de passagers, le transport de fret, les services auxiliaires. Par exemple, pour l'assurance: l'assurance-vie, la réassurance, l'assurance dommages. Cette liste n'est pas, à proprement parlé, obligatoire. C'est-à-dire qu'un État peut s'en écarter - d'ailleurs, quelques États l'ont fait dans certains secteurs, comme par exemple les États-Unis - mais dans la plupart des situations, les Membres se réfèrent à cette liste de secteurs.

Un des éléments essentiels de l'équilibre de l'AGCS, et qui a fait l'objet d'années de négociation, c'est ce que l'on appelle "la liste positive" des secteurs, c'est-à-dire que les Membres de l'OMC n'ont d'engagement que dans les secteurs où ils ont souscrit des engagements. En d'autres termes, il n'y a d'obligations que là où vous le décidez; et on en revient à nouveau à cet exemple de Madagascar, pour lequel il n'y a d'engagement que dans les 2 sous-secteurs (sur les 160 sous secteurs sur lesquels Madagascar a décidé de s'engager). C'est ce que dans le jargon de l'OMC on appelle "l'approche bottom up". c'est-à-dire l'approche en partant du bas. Cette approche "bottom up" s'oppose à une autre approche appelée "top down", approche en partant du haut, qui est celle, par exemple, du Traité de Rome de la Communauté Européenne, où tout est libéralisé, sauf toute une série d'exceptions. Naturellement, l'approche "top down" est plus libéralisatrice tandis que la "bottom up" permet une libéralisation progressive.

C'était donc une revendication essentielle des pays en voie de développement. C'est l'acceptation par les pays développés de cette approche qui a permis la création du GATS dans les années 86-93, et cette approche a été confirmée lors du lancement du Second Cycle. Certains pays développés ont eu l'idée naïve de vouloir réinventer la roue et de réimposer une approche "top down", mais les pays en voie de développement ont réussi, lors de la préparation des négociations, à obtenir la confirmation de ce principe de la liste positive des secteurs.

Je passe maintenant aux 2 colonnes suivantes: *les restrictions ou limitations à l'accès aux marchés* (les 2 termes sont synonymes) et *les restrictions au traitement national*.

Cette fois-ci, le principe est le listage l'énumération négative des restrictions. Cela veut dire simplement que, si un pays impose une restriction à un fournisseur de services et que ce pays décide d'offrir ce services, ce pays doit lister sa restriction s'il veut la conserver. En d'autres termes, toute restriction qui est omise, qui n'est pas listée, disparaît immédiatement, et c'est ce qui rend l'exercice extrêmement difficile pour les fonctionnaires du Ministère du Commerce comme vous, et pour les fonctionnaires des Ministères techniques, c'est-à-dire que l'on a toujours peur d'en oublier. Il faut vraiment, lorsque vous décidez d'offrir un secteur à l'OMC, "peigner" toute la législation et aussi tous les traités - on le verra plus loin pour la NPF- pour être sûr que vous avez

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS


bien pris en considération toutes les restrictions existantes de modification, voire toutes les restrictions futures si jamais vous pensez un jour ou l'autre en instituer, de façon après à pouvoir faire le tri et décider vous-mêmes de celles que vous souhaitez garder à tout prix et de celles dont vous pensez pouvoir vous débarrasser à l'occasion de cette négociation. Là encore, on tombe sur un point-clef de l'équilibre de la négociation de l'AGCS. Les pays développés ont accepté la liste positive des secteurs qu'à la condition qu'il y ait un listing négatif des restrictions. La raison en est simple, c'est que c'est un mécanisme qui est libéralisant par défaut, c'est-à-dire que si l'on oublie la restriction, la restriction tombe.

Il existe enfin une quatrième colonne, qui est une sorte de colonne résiduelle, ce que l'on appelle *les engagements additionnels*. Il n'y a pas de description très précise mais je reviendrai tout à l'heure sur ce qui est un engagement additionnel; il y a quelques exemples, cela peut concerner les licences, les qualifications par exemple, mais la seule chose dont on est sûr, c'est qu'il s'agit de dispositions qui ne sont pas sujettes à être listées dans les colonnes "accès aux marchés" ou dans les colonnes "traitement national".

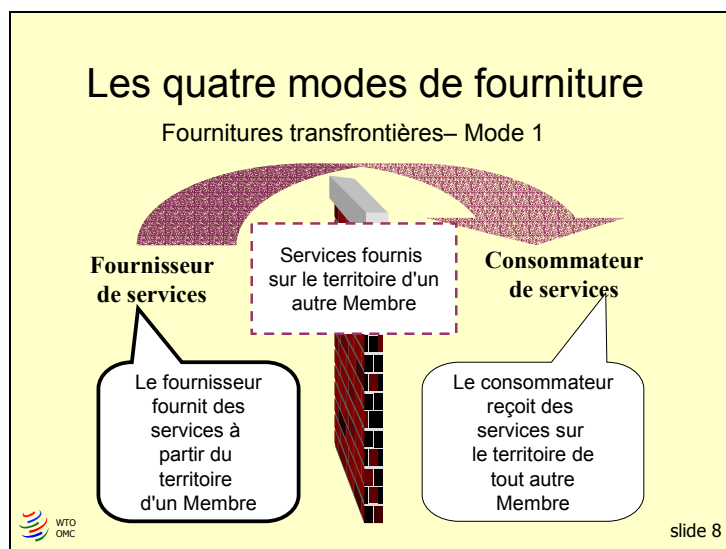
Deuxième caractéristique de ces engagements additionnels, c'est qu'ils doivent être formulés d'une manière positive; c'est en quelque sorte, une "cerise sur le gâteau". C'est aussi un véhicule juridique qui a permis aux négociateurs, en fait, d'imposer des disciplines supplémentaires, et de combler en quelque sorte, les trous de l'Accord de 93 puisque dans leur sagesse, les négociateurs de 93 s'étaient rendus compte qu'ils ne pouvaient pas tout prévoir.

Approche de l'AGCS concernant l'inscription d'engagements sur les listes

| | |
|---|---|
| <p>❶ Liste positive de secteurs/sous-secteurs: <i>"inclusion"</i></p> | <p>→ Engagements concernant l'accès aux marchés et le traitement national contractés uniquement pour les secteurs/sous-secteurs inscrits sur la liste</p> |
| <p>❷ Liste négative de limitations: <i>"exclusion"</i></p> | <p>→ Accès aux marchés et traitement national s'appliquent, sauf pour les limitations énumérées ou pour les modes de fourniture "non consolidés"</p> |

 slide 7

Si l'on récapitule, il y a une liste positive de secteurs ou de sous-secteurs. Les engagements ne concernent que les secteurs qui sont inscrits dans la liste. En revanche, il y a une liste négative de limitations, c'est-à-dire que le principe d'accès aux marchés et le principe de traitement national s'appliquent dans leur plénitude, sauf pour les restrictions qui sont listées. Par conséquent, toute restriction omise est perdue et devient immédiatement illégale et contraire au traité, et elle ne peut plus être invoquée utilement contre un tiers.



Maintenant, je voudrais, si vous le permettez, revenir à ces lignes 1-2-3-4, que vous trouvez à 2 endroits du tableau. En voici donc la signification:

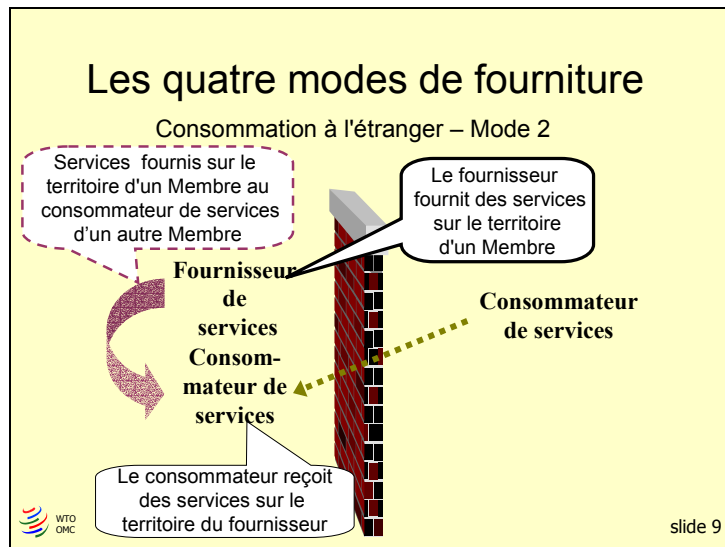
Ces lignes sont ce que l'on appelle les modes de livraison en matière de services. Pour comprendre, il faut repartir du GATT, des marchandises, et voir quelles sont les différences entre les marchandises et les services. Pour les marchandises, les choses sont extrêmement simples: une marchandises est fabriquée dans une usine, puis emballée et envoyée à l'étranger, passe par une frontière, paye des droits de douane, est récupérée par un importateur qui la transporte jusqu'à son entrepôt puis jusqu'à son magasin où il la vend. Nous avons donc un circuit qui est unique et qui est "transfrontière". Le GATT n'intervient qu'au milieu de ce circuit au niveau du passage à la frontière en interdisant les restrictions autres que les droits de douane et en limitant le montant de ces droits de douane.

Pour les services, les choses sont beaucoup plus compliquées. Il y a 4 façons de fournir un service. Ceci paraît peut-être un peu arbitraire, mais c'est un concept extrêmement puissant, inventé par un universitaire. Il serait donc extrêmement difficile d'envisager des cas qui sortiraient de ces 4 modes, et nous avons des négociateurs qui, dans leur sagesse, ont utilisé ces concepts.

Le premier de ces modes de fourniture, *le Mode 1*, est la fourniture transfrontière, utilisée lorsque le service a un processus de production et de consommation qui est tout à fait similaire à celui des marchandises. Considérez que ce mur, ici, sur l'écran, est une frontière. Dans ce cas, vous aurez un fournisseur de services et un consommateur de services. Le fournisseur de services ou le service lui-même traverse la frontière pour rendre le service. Deux exemples classiques de cela: les transports maritimes et les télécommunications internationales. Pour les transports maritimes, un bateau de Maersk qui partirait de Rotterdam pour aller à Singapour et desservir le sud-est asiatique franchit la frontière entre les eaux hollandaises et les eaux internationales quelque part dans la Mer du Nord. Ensuite, il navigue dans les eaux internationales jusqu'au détroit de la Sonde, et à un moment ou à un autre, il franchit la frontière entre les eaux internationales et les eaux de Singapour. Il a donc traversé 2 frontières pour rendre son service.

Autre exemple: les télécommunications internationales. Si je téléphone de Genève vers mon domicile, ou chez mes parents, en Bretagne ou quelque autre endroit en France, les électrons qui courent le long des fils vont franchir la frontière à partir de mon bureau au bord du lac, puis passer la frontière par la Suisse à Ferney, pour continuer ensuite sur un câble jusqu'en Bretagne. Ils auront traversé une frontière. Cette fois-ci, ce n'est pas le fournisseur de services qui se déplace, mais c'est le service. Il y a bien une fourniture transfrontière.

Donc, juridiquement, tout cela dans notre jargon se traduit de la façon suivante: "*la fourniture d'un service, en provenance du territoire d'un autre Membre et à destination du territoire d'un autre Membre*".



Le second mode de livraison, ce que l'on appelle dans notre jargon, "la consommation à l'étranger", est *le Mode 2*. Nous avons à nouveau une frontière symbolisée par ce mur. A nouveau, nous avons un fournisseur de services et un consommateur de services. Mais cette fois, c'est le consommateur de services qui franchira la frontière pour consommer son service, et le fournisseur de services fournira le service sur son propre territoire. La définition juridique deviendra donc: "*services fournis sur le territoire d'un Membre à l'intention d'un consommateur de services de tout autre Membre*".

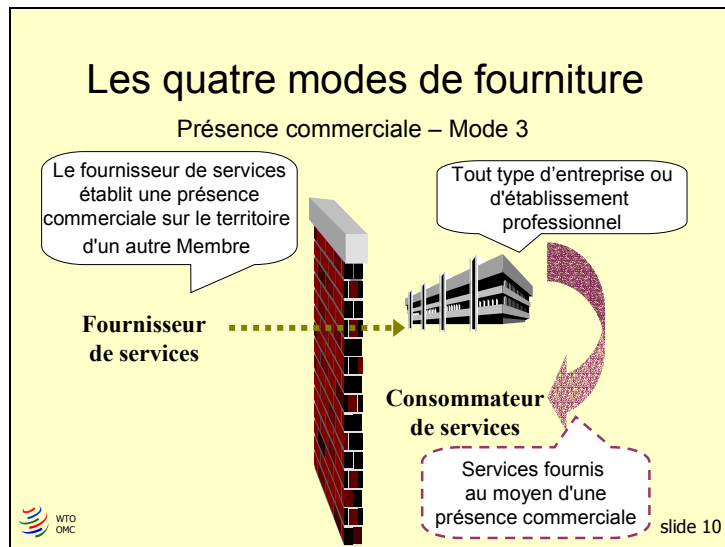
Quelques exemples classiques de cette situation: les services de santé, les services de réparation navale, de réparation aérienne, les services de tourisme.

Les services de santé: un riche Croate ou un riche Algérien qui désire se faire soigner au Val de Grâce, à Paris, ou à l'hôpital Bethesda, aux États-Unis, consomme des services de santé à l'étranger, ailleurs qu'en Croatie, ailleurs qu'en Algérie, aux États-Unis, ou en France. Ce ne sont pas des volumes négligeables, il y a des centaines de malades qui se font soigner de cette façon.

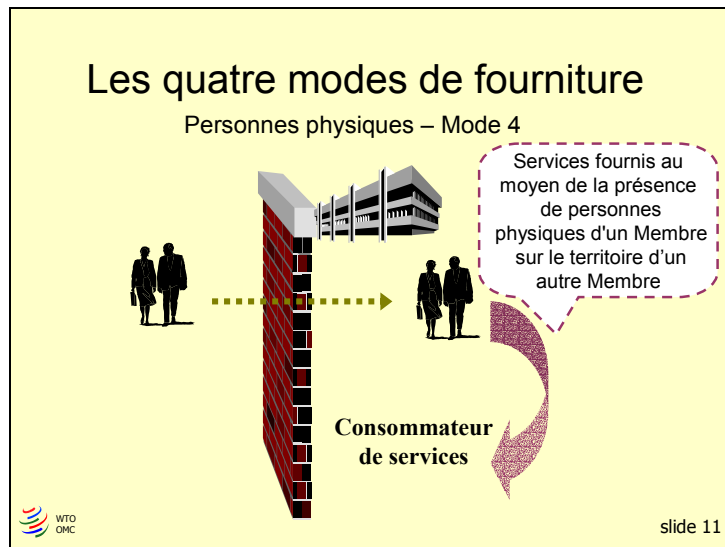
Le deuxième exemple, ce sont *les services de réparation aérienne*: un avion d'Air France qui a un problème sur un réacteur et qui est obligé de faire une réparation d'urgence aux États-Unis consomme des services de réparation aérienne à l'étranger. Un avion de Singapore Airways qui se fait refaire une partie de l'aménagement intérieur en Chine, parce que c'est moins cher, consomme des services de réparation et de maintenance aériennes en Chine.

Même chose pour les réparations navales: un bateau de la CMA-CGM qui se fait agrandir, "jumboisé", à Pusan dans le chantier naval de Hyundai, en Corée, consomme de la réparation et de la maintenance navales coréenne.

Le troisième exemple qui est encore plus important pour les pays en voie de développement, c'est *le tourisme*: un touriste allemand qui prendra des vacances au Maroc consomme des services de tourisme, c'est-à-dire des services d'hôtellerie, des services de restauration, des services de Tour Operator, des services de guide touristique, à l'étranger, puisqu'il les consomme au Maroc et non pas en Allemagne. Mais là, ce n'est plus de centaines de milliers de personnes dont on parle, mais de dizaines de millions, de centaines de millions.



Le Mode 3, c'est ce que l'on appelle dans notre jargon "*la présence commerciale*". C'est un euphémisme pour ne pas prononcer le mot "investissement", pour ne pas prendre le terme communautaire d'"établissement". A nouveau, nous avons une frontière, un fournisseur de services et un consommateur de services. Cette fois-ci, le fournisseur de services ira s'installer sur le territoire du consommateur de services. Il y établira un petit bâtiment ou une usine. Juridiquement, une présence commerciale est: "*tout type d'entreprise ou d'établissement professionnel*", par exemple des bureaux de représentation, des succursales, des filiales, ou des formes juridiques un peu plus exotiques comme les "*partnerships*", c'est en fait un établissement permanent de fournisseur de services. Les exemples de présence commerciale sont bien sûr innombrables. La plupart des services, pour être délivrés ou rendus, supposent une présence commerciale. La banque, les télécoms par exemple, d'une manière privilégiée, utilisent la présence commerciale. On voit donc bien, là, sur ce schéma, que le fournisseur de services rend les services sur le territoire du consommateur de services.



Le quatrième mode de livraison, qui est un mode essentiel pour les pays en voie de développement, est ce que l'on appelle "*le mouvement des personnes physiques*", autrement dit, *le mode 4*. Cette fois-ci, nous avons une frontière, nous avons une personne physique (quelqu'un comme vous et moi, une personne en chair et en os) qui va prendre un avion pour aller rendre des services aux consommateurs de services sur le territoire de ces consommateurs.

L'exemple type, c'est le consultant. Imaginez par exemple que Ford USA a besoin de consolider aux normes américaines les comptes de sa filiale française, son usine de boîtes de vitesses à Bordeaux. Que va faire Ford? Ford va s'adresser à KMPG États-Unis qui va envoyer un consultant (lequel sera d'ailleurs peut-être de nationalité indienne) qui sera quelqu'un qui travaillera dans ses bureaux à Détroit, à Washington ou à New York. Ce consultant partira s'installer deux mois à Bordeaux, à l'hôtel, et pendant 2 mois traduira le bilan de la filiale française, des normes comptables françaises, aux normes comptables américaines. Ensuite, il rentrera chez lui à New York. Voici donc un mouvement typique de personne physique.

Un autre exemple, c'est l'expatrié. La BNP qui décide de renforcer sa filiale au Bénin enverra un expatrié pour gérer sa filiale pendant 2, 3 ou 4 ans. C'est à nouveau un exemple de mouvement de personne physique.

Autre situation: un comptable indien qui se déplacera pour un temps en Angleterre ou aux États-Unis ou un médecin Sri Lankais qui partira faire une opération aux États-Unis. Cette fois-ci, le consommateur de services reçoit le service sur son propre territoire et par une personne physique.

Les secteurs ...

Secteurs

Une définition précise est essentielle, car elle définit la portée d'un engagement

- Services fournis aux entreprises et services professionnels
- Communications, tous types
- Construction
- Distribution
- Éducation
- Environnement
- Services financiers
- Santé et services sociaux
- Tourisme
- Services récréatifs et culturels
- Transport, tous types
- Autres



slide 12

La première des difficultés que vous rencontrerez en tant que fonctionnaire d'un Ministère du Commerce ou d'un Ministère technique, c'est de définir précisément le secteur.

Pourquoi est-ce important? Parce que c'est le secteur qui détermine les contours de votre engagement. C'est-à-dire que la série d'obligations conditionnelles que je vous ai décrites tout à l'heure ne rentrent en vigueur que pour les secteurs inclus. Très souvent, il y a des problèmes de frontières.

Prenons quelques exemples au hasard: lorsqu'un importateur de bananes a une mûrisserie de bananes, est-ce que l'on considèrera cette mûrisserie comme un service incident à l'agriculture ou comme un service de distribution? Vous avez là le cas d'un sujet savamment discuté par un "panel", par un groupe de règlement des différends, parce que la question se posait dans une affaire qui opposait la Communauté Européenne aux États-Unis et aux pays latino-américains. La Communauté Européenne disait que c'était un service incident à l'Agriculture puisqu'elle n'avait pas d'engagement dans ce domaine. Les États-Unis et les pays latino-américains disaient que non, puisqu'il s'agissait d'un service lié à la vente – tout cela parce que la Communauté Européenne avait un engagement en ce qui concerne la distribution. Le panel a tranché dans ce cas particulier, dans le sens latino-américain et américain en considérant qu'il s'agissait d'activités de distribution. Il est donc extrêmement important, lorsque l'on prend un engagement, de savoir quels en sont les contours. Alors, comme je vous le disais tout à l'heure, les Membres, dans leur sagesse, ont déterminé 12 différents types de services. Comme vous le voyez sur la diapositive, nous avons d'abord:

Les services fournis aux entreprises et services professionnels (une trentaine environ), impliquant les architectes, les médecins, les infirmières et également les ingénieurs, les services de publication, les services de publicité, les services de nettoyage.

Viennent ensuite les services de communication. En entend par là, en fait: la poste et le courrier, les télécoms, et l'audiovisuel.

Puis la construction: tous types de construction, génie civil, etc...

La distribution: en gros ou en détail, par l'intermédiaire d'agents ou sous forme de franchise.

L'éducation: elle-même subdivisée par niveaux d'éducation (primaire, secondaire, supérieur, pour adultes) et autres.

Viennent ensuite les services environnementaux, par exemple le ramassage d'ordures ménagères.

Puis les services financiers: la banque, l'assurance, les activités boursières.

La santé et les services: les hôpitaux, les maisons de retraite, les maisons de repos.

Le tourisme: les hôtels, les restaurants, les guides touristiques, les agences de voyage.


Les services récréatifs et culturels: qui peuvent aller des casinos ou bibliothèques en passant par les cirques et les parcs d'attraction.

Les transports: maritimes ou aériens, terrestres, fluviaux.

Et enfin, une catégorie résiduelle non définie: autres services, comme les services funéraires, le pressing, etc.

Description des secteurs

- Secteurs divisés en 12 groupes (document MTN.GNS/W/120 de juillet 1991)
- Environ 160 sous-secteurs identifiés au total
- Numéro correspondant dans la Classification centrale des produits (CPC), version provisoire
- **Note:** la CPC est un outil; les Membres peuvent définir les secteurs différemment

slide 13

Comme nous venons de le voir, les secteurs sont divisés en 12 groupes, que nous venons de parcourir, et qui sont regroupés dans un document essentiel, un des 4 documents que vous devez toujours avoir avec vous, qui s'appelle le MTN.GNS/W/120, document de 8 pages, qui date de 1991. Sur ces 8 pages, vous avez le détail de chacun des 12 groupes, ce qui fait au total 160 sous-secteurs.

Si vous avez la curiosité de regarder ce document, vous verrez que, en regard de chacun de ces 160 sous-secteurs, il y a un numéro qui peut être composé de 3, 4 ou 5 chiffres, lequel correspond à une nomenclature statistique établie par les Nations Unies à la fin des années 80 – qu'on appelle en anglais: la CPC (*Central Product Classification*) et en français: *la Classification Centrale des Produits*.

Ces chiffres font référence à la première version de cette classification puisque depuis, les Nations Unies ont fait 2 autres versions – mais qui ne nous concernent pas car ayant une vocation statistique. La classification actuellement utilisée est la "vieille classification", la classification "provisoire".

Cette classification est construite sur le modèle des nomenclatures douanières. L'ambition des rédacteurs de cette classification était de "nommer" tous les types de services qui pouvaient exister, ceci d'une manière structurée et cohérente, pour faire en sorte que chaque chose apparaisse, mais n'apparaisse qu'une fois. Naturellement, un travail très difficile, voire impossible du fait que la CPC ne soit pas quelque chose d'absolument parfait et puisqu'il y a toujours des problèmes d'interprétation. Cela étant, c'est de très loin la meilleure chose qui existe au monde sur le sujet. C'est une source perpétuelle d'inspiration.

La CPC en tant que telle n'est pas obligatoire pour les Membres. Ils ne sont pas tenus d'inscrire un numéro de CPC dans leur liste. Certains Membres n'ont jamais reconnu la CPC – c'est le cas des États-Unis – et d'autres Membres l'utilisent, mais en la mélangeant à leurs propres concepts, à leur propre législation, tandis que d'autres encore l'utilisent à des niveaux plus ou moins désagrégés que celui qui figure dans le MTN.GNS/W/120, lequel constitue une tentative pour rendre plus digeste la CPC en la réorganisant dans des groupes qui ont du sens d'un point de vue de négociation commerciale, la CPC ayant été créée, au départ, dans un but statistique.

Quels types de limitations faut-il inscrire sur les listes?

- **ACCÈS AUX MARCHÉS** (article XVI)
Absence des six types de restrictions (surtout quantitatives)
- **TRAITEMENT NATIONAL** (article XVII)
Non-discrimination concernant **toutes** les mesures affectant la fourniture d'un service

Toutes les limitations doivent être inscrites sur les listes pour chacun des modes concernés.



slide 14

Il y a 2 types de restrictions. Le premier type de restrictions est ce qu'on appelle "*les restrictions à l'accès aux marchés*", qui se définit par une liste limitative, exhaustive, de 6 types de restrictions qui sont de nature essentiellement quantitative. Vous avez ensuite, dans la troisième colonne, des restrictions au traitement national, qui elles, ne sont pas définies de manière limitative et qui sont en fait toutes les mesures qui ont pour effet d'avantager un national par rapport à un étranger, et ceci, que ce soit de jure ou de facto.

Dans les 2 cas, qu'il s'agisse de limitations à l'accès aux marchés ou de limitations au traitement national, les restrictions doivent être inscrites dans les listes, et ce, pour chacun des modes. Ce qui est très important de savoir, d'un point de vue pratique, si vous devez un jour rédiger les modes de votre pays, c'est qu'il ne faut pas laisser de "blanc". Vous avez 8 cases à remplir (1, 2, 3, 4 pour chacun des 4 modes pour l'accès aux marchés et 1, 2, 3, 4 pour le traitement national) mais il ne faut pas laisser cela en blanc, car un "blanc" sera toujours interprété par un panel, en cas de dispute, comme une absence de restriction. Par conséquent, mettre un "blanc", c'est vous engager totalement sur un mode de livraison dans un secteur donné.

Bien sûr, vous allez sans doute me dire que les modes de livraison n'ont pas tous du sens pour tous les secteurs, et c'est vrai! Prenez par exemple la construction: c'est assez difficile de faire de la construction transfrontière (à moins que le tas de briques ne soit d'un côté de la frontière et l'immeuble à construire de l'autre côté).

Même chose pour les services d'hôtellerie. Un service d'hôtellerie est par définition localisé. Le lit est d'un côté particulier de la frontière. Donc, on ne peut pas fournir des chambres d'hôtel en transfrontières, sauf si le lit est à cheval sur la frontière.

Ce n'est pas tout à fait vrai quand même parce que l'on peut réserver un hôtel en transfrontière. Hier, j'ai réservé mes vacances en Forêt Noire, et je l'ai fait par Internet; on peut donc considérer que les réservations, bien qu'éléments annexes, font partie intégrante du service.

Cela posé, la distinction entre les 4 modes de livraison est pertinent pour 90 % des secteurs. Bien sûr, dans un secteur donné, un mode aura plus d'importance qu'un autre. Prenons par exemple le tourisme pour lequel la consommation à l'étranger est plus importante que la présence commerciale. Mais la présence commerciale est aussi importante. TUI, voyageur allemand qui aura vendu le package à notre touriste allemand à Marrakech, aura vraisemblablement un agent sur place à Marrakech, pour le cas où le touriste allemand se retrouve bloqué, perd sa carte de crédit ou a une réclamation à faire sur l'hôtel. La présence commerciale est aussi indispensable dans ce cas.

Autre exemple: prenons la banque. Il est vrai que la plupart des banques agissent en mode 3 puisque les clients aiment bien avoir un guichet qui soit en face d'eux. Cela étant, il y a des prêts ou des opérations bancaires qui se font dans les salles des marchés ou par ordinateurs interposés, donc en transfrontière.

Donc, tous les modes ont une certaine pertinence. Il n'y a que dans des cas assez limites comme celui de la construction dont je parlais tout à l'heure, où cela n'a pas de sens.

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS


Dans leur sagesse à nouveau, les rédacteurs du GATS ont prévu la possibilité pour un Membre d'indiquer que le mode de livraison en question n'était pas faisable techniquement pour le secteur considéré. La difficulté vient du fait que l'on ne soit pas arrivé à se mettre d'accord collectivement sur ce qui était faisable et ce qui ne l'était pas. Chaque État en décide souverainement. Il y a beaucoup de Membres pour lesquels beaucoup de choses sont réalisables alors que pour d'autres, elles paraissent irréalisables. Mais ceci est un hasard de la négociation.

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

Diapositive 15

L'accès aux marchés peut être assorti de conditions au moyen de six types de mesures à inscrire sur les listes:

- a) **Nombre de fournisseurs de services**
(par exemple admissions nouvelles soumises à un examen des besoins économiques)
- b) **Valeur des transactions ou de l'actif**
(par exemple actif des banques étrangères limité à x pour cent de l'actif bancaire total)
- c) **Nombre total d'opérations ou quantité totale de production**
(par exemple restrictions concernant le temps de diffusion réservé aux films étrangers)
- d) **Nombre total de personnes physiques**
(par exemple pas plus de x étrangers par point de vente)
- e) **Type d'entité juridique ou de coentreprise**
(par exemple présence étrangère autorisée uniquement au moyen de filiales)
- f) **Participation étrangère maximale au capital**
(par exemple participation étrangère limitée à 49 pour cent)

 slide 15

Je voudrais tout d'abord parler des restrictions de l'accès aux marchés. Je vous disais tout à l'heure qu'il y avait 6 types de restrictions. Je vais vous donner une série d'exemples de ces restrictions:

Le premier type de limitations est la limitation au nombre de fournisseurs. Ceci consiste à dire 5 banques, 3 opérateurs étrangers de télécoms, ou pas plus de 10 % d'étrangers, par exemple, ou aussi une procédure d'autorisation au cas par cas, en disant: je verrai souverainement, moi, État, si le marché peut supporter une nouvelle banque l'an prochain, et en vertu de critères que j'ai définis moi-même, qui sont plus ou moins transparents, je décide ce que l'on appelle dans notre jargon, "*un test de besoins économiques*" ("economic needs test"), d'admettre ou de ne pas admettre tel ou tel opérateur. Cela est donc une limitation du nombre de fournisseurs de services.

Le deuxième type de restrictions est ce que l'on appelle les restrictions sur la valeur des transactions ou sur la valeur de l'actif. Ça consiste, par exemple (vous verrez tout à l'heure un exemple philippin) à limiter le pourcentage des actifs qu'une banque ou que des banques étrangères peuvent collectivement détenir dans les actifs bancaires d'un pays donné. Ça consiste aussi à limiter la part de marché des étrangers.

Le troisième type de limitations porte sur le nombre total d'opérations ou quantité totale de production. Prenons l'exemple de restriction qui impose 50 % de films européens, naturellement, elle ne fait pas l'objet d'engagements à l'OMC, mais si elle le faisait, elle serait listée comme une restriction sur le nombre total d'opérations.

Deux autres exemples classiques: la limitation du nombre de mètres carrés pour les grandes surfaces (ce que l'on appelle en France "la loi Royer"). Il s'agit d'une limitation du nombre total d'opérations. Prenons le cas de Carrefour, qui, lorsqu'il s'implante en France, ne peut pas avoir plus de tant de mètres carrés dans un département donné.

De la même façon, lorsqu'un plan sanitaire limite le nombre de lits que des cliniques privées peuvent ouvrir dans une région donnée (comme c'est le cas en Allemagne, en France et dans beaucoup d'autres pays), il y a limitation du nombre total d'opérations.

Ensuite, les limitations peuvent porter sur le nombre total de personnes physiques employées, nationales ou étrangères et nous verrons tout à l'heure quelques exemples de ce type de limitations – quelques exemples amusants et d'autres moins amusants! J'ai encore une précision très importante à fournir sur ces 6 mesures, et qui est une difficulté à laquelle vous allez vous heurter en tant que futurs rédacteurs des listes. En fait, ces 6 mesures de l'accès aux marchés peuvent être des mesures discriminatoires - c'est classique - mais aussi des mesures non discriminatoires. Je prends 2 exemples: si vous inscrivez dans votre liste: "5 banques", ce n'est pas nécessairement discriminatoire. Il peut s'agir en effet de 5 banques nationales ou étrangères. Simplement la sixième, qu'elle soit nationale ou étrangère, n'aura pas accès. Il y a bien à ce moment-là un effet de plafond, de limitation, de l'accès aux marchés. Par conséquent, même si votre législation n'est pas là discriminatoire, même si elle ne favorise pas nécessairement les nationaux, dès lors qu'une mesure tombe dans le cadre de cet article XVI, elle doit être listée. Donc, s'il y a 5 banques, vous devez mettre: "5 banques". Si vous précisez: "5 banques étrangères, là, c'est discriminatoire.

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

Même chose pour les entités juridiques, pour prendre un exemple canadien: l'interdiction du "*branching*" des succursales, c'est une restriction qui s'imposait aussi aux entreprises canadiennes qui ne pouvaient pas opérer sous forme de succursales. Il s'agit pourtant d'une restriction à l'accès aux marchés dans la mesure où l'établissement d'une filiale est plus coûteuse et plus difficile que celle d'une succursale: il faut créer une personnalité juridique, constituer un capital, s'inscrire au Registre du Commerce, etc., donc ça coûte beaucoup plus cher... Et bien, tout cela faisait qu'il y avait un véritable effet d'accès aux marchés parce que l'on hésitera à établir une filiale alors que ça aurait peut-être eu du sens simplement d'établir une succursale. Par conséquent, là encore, même si la mesure n'est pas discriminatoire, même si elle s'impose aussi aux Canadiens (si vous prenez un exemple français, le fait que pour établir un cabinet d'avocats ou un cabinet de médecins, il faille une "société d'exercice libéral" – ça s'applique aussi bien aux médecins français qu'aux médecins étrangers et aussi bien aux avocats français qu'aux avocats étrangers), malgré tout, il y a un effet sur l'accès aux marchés car il y a une certaine forme sociale qui est prescrite et par conséquent, ce doit être listé.

Mais d'un point de vue technique, pour vous, futurs rédacteurs de l'offre, vous devez toujours vous poser la question de savoir si la mesure tombe bien dans les 6 mesures, mais pas uniquement utiliser comme critère: "est-ce que c'est discriminatoire?". Quelquefois, une mesure non discriminatoire tombe aussi dans ce cadre, les 2 plus classiques étant encore à nouveau les limitations au nombre de fournisseurs où il n'y a pas d'indication "étranger", "national", l'autre exemple plus classique étant la limitation des formes sociales.

L'accès aux marchés peut être assorti de conditions au moyen de six types de mesures à inscrire sur les listes:

e) Type d'entité juridique ou de coentreprise

(par exemple présence étrangère autorisée uniquement au moyen de filiales)

f) Participation étrangère maximale au capital

(par exemple participation étrangère limitée à 49 pour cent)



slide 16

Maintenant, comment doit-on lister précisément les restrictions? Il faut d'abord décrire la mesure de manière concise. Pourquoi cela? Tout simplement parce qu'il ne faut pas se référer à une loi. Il ne faut pas dire: loi numéro "tant" du "tant" pour 2 raisons très simples: la première, c'est que les étrangers qui vont lire votre liste, autrement dit vos partenaires de négociations, les États, les "business men" qui dans 5 ou 10 ans utiliseront cette liste pour savoir ce qu'ils ont le droit de faire ou de ne pas faire, pour savoir ce qui est garanti et ce qui ne l'est pas, ne connaissent pas la loi numéro "tant" du "tant". De plus, les lois peuvent changer; il est donc difficile de consolider une loi donnée... Est-ce que cela voudrait dire que la loi suivante n'a pas de valeur?...

Par conséquent, il ne faut pas faire référence à une loi, il faut décrire la mesure. Si la loi numéro "tant" du "tant" nous indique que les étrangers ne peuvent pas avoir plus de 49 %, il faut donc l'indiquer tout simplement. Il faut également indiquer en quoi la mesure n'est pas compatible avec l'article XVI (expliquer que c'est une limitation du nombre de fournisseurs, etc...). On ne vous demande pas pour autant de préciser laquelle (s'il s'agit d'une XVI.2a, d'une XVI.2b ou XVI.2c) car ce serait trop compliqué. D'ailleurs certaines mesures sont un peu hybrides et tombent dans plusieurs catégories à la fois: prenez par exemple un partage de cargaison en matière de transport maritime et transport terrestre à 50/50 ou 40/40/20, c'est à la fois une limitation de la valeur des transactions et une limitation du nombre des opérations. On pourrait même dire, dans certains cas, que c'est une limitation du nombre de fournisseurs. On ne vous demande pas de préciser quelle est la mesure qui est en cause, mais on vous demande de la décrire d'une manière suffisamment claire pour que l'on voit bien qu'elle tombe dans un ou plusieurs des 6 cas de figure de l'article XVI.

La raison en est simple: c'est que, comme le disait le Cardinal de Retz "on ne sort de l'ambiguïté qu'à ses dépens". Donc, si vous voulez jouer au plus fin en ne décrivant pas la mesure, en entretenant un halo, vous pouvez être certains que si un jour cette mesure est contestée, le panel l'interprétera toujours de la manière la plus libérale et ira toujours vers la position qui consistera à dire que cette restriction n'est pas une restriction, alors que si vous indiquez très clairement en quoi consiste la restriction, le panel n'aura pas d'hésitation et sera obligé de reconnaître la validité de cette restriction.

Ajoutons qu'une restriction n'est pas moralement condamnable, il ne faut pas y voir quelque chose de mal. L'Accord lui-même permet le listage des restrictions, considérées comme légitimes dès lors qu'elle sont écrites. Pour qu'elles soient bien légitimes, pour qu'elles soient joliment gravées dans le marbre, il y a toujours intérêt à être clair!

Dans ces mesures d'accès aux marchés, nous allons tout d'abord étudier une mesure classique: "*les plafonds numériques*" qui peuvent s'exprimer de plusieurs façons: soit en valeur absolue (quand vous dites: "4 banques"), soit en pourcentage (quand vous dites: "pas plus de 10 % des actifs pour les étrangers").

La deuxième chose importante en ce qui concerne ces plafonds numériques, c'est que, ne sont susceptibles d'être listés au titre de l'accès aux marchés, que les plafonds maximaux: C'est-à-dire que des valeurs minimales – ce que l'on appelle chez nous des "*minimum requirements*" (des "exigences minimales") – n'ont pas vocation à être listées.

Je vous donne un exemple de cela: le prix du livre.

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

Prenons un classique: "la législation sur le prix minimum du livre" - qui est un très grand classique des politiques culturelles en Europe et quelque fois ailleurs pour maintenir des réseaux de libraires diversifiés à côté des grandes surfaces - n'a pas à être listé, même s'il a un impact sur le volume d'affaires puisque les grandes surfaces vendent moins de livres qu'elles ne pourraient en vendre si elles pouvaient faire des rabais. Eh bien, il s'agit d'une exigence minimale, c'est un prix minimum. Par conséquent, ça ne doit pas être listé (obligation de lister uniquement dans le cas de limitations maximales).

Autre exemple, les capitaux minimaux, capitaux qui sont exigés pour établir des banques ou des compagnies d'assurance. Si ce capital minimal atteint des sommes gigantesques (comme c'est le cas par exemple en Chine où l'on exige pour ouvrir une succursale, un capital de 60 millions de dollars), il est vrai que cette mesure agit, du point de vue économique, comme une barrière à l'accès aux marchés. Pour autant, elle n'a pas à être listée au titre de l'accès aux marchés parce qu'encore une fois, il s'agit d'une exigence minimale. Ce qui signifie que, à 50 millions de dollars, vous ne rentrez pas, mais à 61 vous rentrez. Conclusion, comme il s'agit d'une exigence minimale, on n'a pas à la lister en "accès aux marchés", car en "traitement national", c'est différent, comme on le verra tout à l'heure.

L'autre façon de lister ces limitations quantitatives, c'est ce qu'on appelle "les tests de besoins économiques", autrement dit, l'autorisation au cas par cas: soit je donne l'autorisation, soit je ne la donne pas. Naturellement, dans la pratique administrative, les procédures d'autorisation recouvrent en fait tout un continuum de mesures. Ça va de la délivrance quasi automatique du permis ou de la licence d'autorisation dès lors que certaines conditions objectives sont remplies (par exemple, ne pas avoir fait de prison, avoir un véhicule en bon état - sinon on se voit refuser la licence pour les transports) jusqu'à des procédures totalement discrétionnaires (on décide que ce sera tel opérateur de Télécoms qui pourra opérer après une instruction de 2 ans et une procédure qui s'apparente - même si ce n'est pas juridiquement la même chose - à un marché public extrêmement complexe). Il y a des choses, entre deux, où il y a un certain nombre de critères relativement établis, mais pour lesquels l'administration dispose d'une certaine marge de manœuvre.


Toutes ces mesures sont légitimes. Simplement, à nouveau, l'exigence de clarté s'impose; c'est-à-dire que si l'autorisation est automatique dès lors que les conditions objectives sont remplies, elle n'est pas considérée comme une restriction - donc, ce n'est pas la peine de la lister. Vous aurez souvent ce type de problème avec, par exemple, le Ministère des Transports ou d'autres, car beaucoup d'activités supposent la délivrance d'une licence. Mais encore une fois, si cette licence est automatique dès lors que les conditions objectives vérifiables sont remplies, ce n'est pas la peine de la lister.

A l'autre bout du spectre, vous avez des autorisations totalement discrétionnaires. Vous pouvez lister ces autorisations (certains d'entre vous l'ont fait). L'inconvénient, c'est que c'est quelque chose qui ne vaut presque rien comme engagement. En clair, vous dites aux tiers: "je ferai à la tête du client". Ça a le mérite de la transparence, mais ça ne vaut pas grand-chose. Et puis, il y a des fois où tout simplement, on a vu qu'en étudiant les tests de besoins économiques, les Membres qui ont listé les examens des besoins économiques n'ont pas précisé les critères alors qu'en réalité, ils ont des critères. Très souvent, lorsque les procédures d'autorisation existent, il y a une circulaire qui précise les critères (les besoins du marché, la taille de la population, le service qui va être rendu, les inconvénients pour les gens déjà présents, etc...). Dans ce cas-là, il est dans votre intérêt d'être à nouveau extrêmement transparents, car si ce n'est pas le cas et que vous comptez obtenir l'autorisation, il y a toujours un risque - même si c'est un risque minime - que le panel, lors de règlement des différends, vous dise: "vous n'avez pas décrit précisément la mesure alors que vous deviez le faire juridiquement, par conséquent, pour nous cette mesure n'existe pas, elle n'est pas opposable au programme puisqu'elle n'est pas décrite". Ça c'est un risque, ça signifie qu'à ce moment-là, vous avez un engagement total. C'est ce qu'on appelle "un néant" - que je vous expliquerai plus tard. Par contre, si vous mettez 5 petits tirets, et que spécifiez les critères tels que la taille de la population, la taille du marché, les services additionnels qui vont être fournis, l'état du marché et les conséquences sur les services déjà existants, alors, dans ce cas, non seulement vous préservez votre marge de manœuvre réglementaire - car ces critères sont suffisamment vagues pour accepter ou refuser quelqu'un - mais vous avez le mérite de jouer la transparence, vous avez listé vos critères, donc personne ne peut rien vous dire si, dans le cadre de l'instruction de la demande, vous utilisez ces critères pour accepter ou refuser, personne ne peut rien vous dire, vous êtes tranquilles.

Inscription de limitations concernant l'accès aux marchés

Il faut décrire chaque mesure de manière concise, en indiquant les éléments qui la rendent compatible avec l'article XVI, y compris en précisant si elle est discriminatoire

| | |
|--|--|
| <p>Les plafonds numériques doivent être exprimés en quantités (maximales) définies, en chiffres absolus ou en pourcentages)</p> | <p>Les examens des besoins économiques doivent indiquer les principaux critères sur lesquels ils reposent, par exemple, si l'autorisation d'implanter un établissement dépend d'un critère démographique, ce critère doit être indiqué de manière concise</p> |
|--|--|

slide 17

Heureusement, les erreurs en la matière sont "légion" mais ne sont pas propres aux pays en voie de développement. Beaucoup de pays développés, à l'époque, en 1993, ont listé des tests de besoins économiques sans préciser les critères. Il y a, dans les 4 000 pages de listes, quelque chose comme 250 examens de besoins économiques, tests de besoins économiques, inscrits par 90 Membres - et 2/3 des Membres de l'OMC en ont mis - et la majorité de ces "entrées" (traduction idiomatique), ces mentions, ces indications dans les listes ne précisent pas les critères. C'est dit ici d'une manière un peu diplomatique. L'importance de ces tests non précisés n'est pas claire, la valeur juridique de ces tests, d'ailleurs, n'est pas claire non plus. Il y a toujours un risque que le panel considère la mesure comme inexistante ou en tout cas comme non opposable, ce qui n'est pas dans votre intérêt. Si vous venez d'un Ministère du Commerce et que demain la procédure d'autorisation du Ministère du Transport est annulée comme non existante, vous aurez des problèmes avec le Ministère des Transports. Donc, encore une fois, lorsque vous rédigez vos listes, faites bien préciser les critères.

Examen des besoins économiques (article XVI:2 a) à d)

- > 250 EBE inscrits par ~ 90 Membres
- La majorité des entrées ne précise pas les critères
- La valeur juridique des EBE non précisés n'est pas claire ...



slide 18

Passons tout de suite aux exemples pratiques pour ce qui concerne ces tests de besoins économiques.

Je vais vous montrer un exemple de tests de besoins économiques qui est bien listé (à mon humble avis de praticien). C'est quelque chose de la liste canadienne qui a trait à l'attribution des pompes à essence au Canada.


Vous avez ici une liste de critères qui est très claire, critères d'intérêt public et de nécessité (examen des adéquations des services actuels, état du marché, effet des nouveaux venus, continuité et la qualité des services ainsi qu'à la volonté et capacité des requérants de fournir un service adéquat), donc 5 critères, et vous constatez quand même, d'un point de vue strictement administratif, que la personne qui donne l'autorisation peut tout faire. Ce qui signifie qu'en pratique, elle conserve une marge réglementaire assez grande pour accepter ou refuser l'autorisation.

Mais cette liste, d'un point de vue juridique OMC est parfaite. C'est d'ailleurs de cette façon que tous les tests de besoins économiques devraient être listés, et à mon avis c'est la meilleure de toutes les 250 entrées de tests de besoins économiques à l'OMC. Je pense donc que l'on peut sérieusement la prendre pour modèle.

Article XVI.2 a)

NOMBRE DE FOURNISSEURS

Critère d'intérêt public et de nécessité (les critères à remplir pour obtenir l'autorisation sont entre autres les suivants: examen de l'adéquation des services actuels; état du marché suggérant la nécessité d'élargir les services; effet des nouveaux venus sur l'intérêt public, y compris la continuité et la qualité des services ainsi que la volonté et la capacité du requérant de fournir un service adéquat).



slide 19


Je voudrais ensuite vous donner une série d'exemples de chacun des 6 restrictions à l'accès aux marchés qui sont des restrictions authentiques qui ont été prises dans des listes. Elles ne sont pas toujours absolument parfaites ou convaincantes, mais en tout cas, elles existent et elles sont intéressantes à regarder. Celle-ci est tout à fait parfaite, elle vient de la liste américaine et elle a trait aux licences pour établir des écoles d'esthétique dans le Kentucky.

Un point intéressant ici, c'est que vous voyez qu'il est possible de segmenter géographiquement les offres. C'est un point important car très souvent dans les États fédérés, même dans les États unitaires, les régimes de services ne sont pas les mêmes selon les régions, selon les provinces ou selon les États. Beaucoup de choses sont réglementées à un niveau sous fédéral. Concrètement, par exemple, aux États-Unis, l'assurance relève de régulateurs de chaque État et le régime n'est pas le même dans l'Iowa et en Californie. C'est la même chose pour les comptables, et c'est le cas également dans les États unitaires, lesquels comme la Chine par excellence, où certaines activités de services sont ouvertes dans les provinces côtières mais ne sont pas ouvertes encore dans les provinces de l'intérieur. Quand vous prenez la liste chinoise, on vous dit: "tant de banques à Canton, et tant de banques à Shanghai". Donc ici, dans la liste américaine, il y a quelque chose de spécifique pour le Kentucky puisque c'est le seul État américain à réglementer les écoles d'esthétique. Mais vous voyez que même au sein du Kentucky, il y a une sous limitation géographique qui est la limitation par circonscription électorale. Donc ici, nous avons un cas de limitation du nombre de fournisseurs (48) et même 8 au niveau de chaque circonscription électorale; il s'agit bien d'un plafond maximum et d'une limitation à plafond numérique exprimée en valeur absolue. Le tout est de caractère non discriminatoire. Nous avons donc là quelque chose de très clair.

Article XVI.2 a)

NOMBRE DE FOURNISSEURS

Le nombre de licences délivrées à des écoles d'esthétique dans le Kentucky est limité à 48, avec un maximum de huit par circonscription électorale.



slide 20

Passons ensuite à la limitation de la valeur des transactions ou de l'actif. Ceci est un exemple assez classique que l'on retrouve dans beaucoup de listes de pays africains – c'est le lointain descendant du code de conduite de la Conférence maritime des Nations Unies qui avait institué un partage des cargaisons à raison de 40 % pour les armateurs Membres de la Conférence du pays d'origine, de 40 % pour les armateurs Membres de la Conférence du pays de destination et 20 % pour tous les autres Membres de la Conférence. C'est ce que l'on appelle le 40/0/20. Il y a donc 20 % qui sont réservés à ces tiers, ce qui représente une limitation de la valeur des transactions et c'est aussi une limitation non seulement du volume, mais aussi de la valeur.


Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

Diapositive 21

Article XVI:2 b)

**VALEUR DES TRANSACTIONS OU DE
L'ACTIF**

20 pour cent du volume du trafic maritime
ouvert à la concurrence de toutes les
compagnies maritimes.

 WTO
DMC


slide 21

Un exemple maintenant de la limitation de la valeur de l'actif, qui nous vient de la liste philippine. En effet, aux Philippines, le Conseil Monétaire fait en sorte que les étrangers ne détiennent à aucun moment plus de 30 % des actifs du secteur bancaire. Ceci est extrêmement clair. Ici, vous voyez que la limitation est exprimée en termes de pourcentage – à nouveau, pourcentage maximum.

Article XVI.2 b)

**VALEUR DES TRANSACTIONS OU DE
L'ACTIF**

Dans le secteur bancaire, le Conseil monétaire fait en sorte qu'à tout moment 70 pour cent des ressources ou de l'avoir du système bancaire philippin soient détenus par des banques nationales.




slide 22

Pour reprendre mon exemple chinois, ça signifie qu'une banque étrangère ne peut s'établir, dans ce cas particulier, que dans une seule ville en Chine (Pékin, Canton, Shanghai), mais une seule, et si c'est Pékin, ce ne sera ni Shanghai, ni Canton. Il y a obligatoirement un effet très net sur la quantité des transactions qui pourront être fournies.

Article VI.2 c)

**NOMBRE DE TRANSACTIONS OU
QUANTITÉ**

Pour prouver qu'elle a une vocation touristique, une entreprise doit répondre à certains critères, par exemple prouver que les gains qu'elle tire ou compte tirer de la vente de nourriture représentent au moins 50 pour cent de son chiffre d'affaires total, à l'exclusion des prix d'entrée et de réservation des tables et d'autres droits similaires.




slide 23

Autre exemple de restriction de la quantité des transactions, c'est une limitation tirée de la liste indienne qui a trait à l'importation de films étrangers (les titres en question sont des films étrangers). Bollywood, pour protéger ses intérêts, a établi des quotas, et on ne peut importer en Inde plus de 100 films étrangers. On a là un cas de limitation quantitative, ce qui fait que, finalement, assez peu de films étrangers pourront être diffusés sur les écrans indiens.

Article XVI.2 c)

**NOMBRE DE TRANSACTIONS OU
QUANTITÉ**

Une banque étrangère n'est autorisée à
ouvrir qu'une seule filiale locale.




slide 24

Le quatrième type de limitation est la limitation des personnes employées. C'est une restriction un peu "folklorique" où il s'agit d'établir des restaurants étrangers aux Philippines. Par exemple, demain, je décide de quitter l'OMC et d'aller ouvrir un restaurant à Manille, un restaurant français. Je serai confronté à des problèmes, n'étant pas moi-même un grand cuisinier, et si je décide de faire venir un compatriote français pour faire la cuisine, il faudrait déjà que mon restaurant ait une capacité de 75 couverts, et par la suite, je ne pourrai employer des chefs étrangers qu'à raison de tranches de couverts additionnels – et comme c'est assez compliqué pour moi, il y a de fortes chances pour que la cuisine française, là-bas, soit faite par des Philippins, aux risques et périls de mes clients.

Article XVI.2 c)

**NOMBRE DE TRANSACTIONS OU
QUANTITÉ**

L'importation de titres est limitée à 100 par an.




slide 25

Autre exemple, celui-là moins folklorique et très classique, c'est ce que l'on appelle les "*numerus clausus*", en matière de médecins et de dentistes. Ceci est un exemple tiré de la partie allemande de la liste de la Communauté Européenne étant donné que la Communauté Européenne n'a qu'une seule liste pour ses 15 États Membres - avec des variations individuelles pour chacun des États Membres. C'est un peu comme les États-Unis vis-à-vis du Kentucky ou de l'Iowa, excepté faite que le Kentucky et l'Iowa, ne sont pas Membres de l'OMC, alors que la France et l'Allemagne sont Membres à part entière de l'OMC. Donc, dans cette liste allemande, il y a un examen des besoins économiques pour les médecins et les dentistes, où clairement, on ne peut employer plus d'un certain nombre de médecins et de dentistes avec un critère qui est la pénurie de médecins.

Article XVI.2 d)

NOMBRE DE PERSONNES EMPLOYÉES

Un restaurant spécialisé pouvant accueillir au minimum 75 personnes est autorisé à employer un (1) étranger en qualité de chef ou sous-chef cuisinier spécialisé. Au début de son exploitation, il peut employer, pendant un maximum de deux (2) ans, trois (3) étrangers supplémentaires comme chefs ou sous-chefs cuisiniers spécialisés.




slide 26

Voici encore un exemple, folklorique à nouveau, qui existe vraiment dans la liste péruvienne. Au Pérou, pour faire une pièce de théâtre, il faut 80 % d'acteurs péruviens. Donc, quand la Comédie Française part en représentation à Lima, elle a besoin d'une exception, d'un "waiver" par rapport à cette législation, et les péruviens ont listé toute cette restriction. Quand je dis qu'il y a des restrictions folkloriques et des restrictions moins folkloriques en ce qui concerne le nombre de personnes employées, je pense naturellement à une restriction que l'on retrouve souvent, notamment en matière de banques et de télécoms, qui consiste à imposer que la majorité des Membres du Conseil d'Administration d'une filiale soit composée de nationaux. Si par exemple, je suis la BNP ou la First National Bank et que je souhaite m'établir à Moscou - qui n'est pas encore Membre de l'OMC mais qui le sera bientôt - j'aurai effectivement quelques problèmes pour contrôler mes affaires si l'on m'impose que la majorité des Membres du Conseil d'Administration soit composée de Russes. Ceci est donc une restriction qui est importante et c'est aussi une des raisons pour lesquelles les négociations, entre autres choses, perdurent.

Article XVI.2 d)

NOMBRE DE PERSONNES EMPLOYÉES

Accès limité aux personnes physiques.
Examen des besoins économiques pour les
médecins et dentistes autorisés à soigner des
adhérents aux régimes publics d'assurance.
Le critère est la pénurie de médecins et
dentistes dans la région.




slide 27

Nous allons passer à la restriction suivante qui est la restriction sur les formes juridiques. A nouveau, c'est un extrait d'une restriction allemande au sein de la liste communautaire: il s'agit vraisemblablement de services comptables, un type de services professionnels. Ici, nous n'avons pas le droit de fournir des services comptables sous forme de sociétés anonymes. Il y a une forme sociale particulière qui est réservée à ce type de services professionnels.

Article XVI.2 d)

NOMBRE DE PERSONNES EMPLOYÉES

La proportion d'artistes péruviens dans toute production ou tout spectacle artistique présenté dans un lieu public au Pérou ne peut être inférieure à 80 pour cent du total.




slide 28

Ici, pour ce qui concerne la France, nous avons une forme juridique particulière: la SEL, qu'on appelle "Société d'Exercice Libéral". Pour fournir des services médicaux ou des services juridiques, on doit obligatoirement passer par cette Société d'Exercice Libéral.

Article XVI.2 e)

TYPE D'ENTITÉ JURIDIQUE

La fourniture par le biais d'une "GmbH & CoKG" et d'une "EWIV" est interdite.




slide 29

En Italie, à nouveau dans la liste de la Communauté Européenne, lorsque l'on a une entreprise autre qu'une banque qui souhaite fournir des services d'agents de change, elle doit constituer une société ad hoc, un type de société ad hoc pour pouvoir le faire; c'est aussi quelque chose de très classique.

Article XVI.2 e)

TYPE D'ENTITÉ JURIDIQUE

Fourniture autorisée uniquement par le biais d'une SEL (anonyme, à responsabilité limitée ou en commandite par actions) ou d'une SCP.




slide 30

Le dernier type de limitations, le plus simple: *la participation étrangère au capital*, une des limitations typiques et que l'on rencontre à des centaines de reprises dans les listes. Elle est, ici, limitée à 49 % du capital.

Article XVI.2 e)

TYPE D'ENTITÉ JURIDIQUE

Un enregistrement séparé en Italie sous la forme de société d'agents de change est exigé des entreprises autres que les banques pour fournir des services liés à la négociation de titres.




slide 31

La voici encore ici, formulée d'une autre façon.

Article XVI.2 f)

**PARTICIPATION ÉTRANGÈRE
AU CAPITAL**

Investissement étranger limité à 49 pour cent
du capital social des entreprises.

slide 32

Maintenant, je vous propose de passer à la troisième colonne, celle du traitement national. Là, les choses se compliquent un peu car nous n'avons plus cette jolie liste de 6 petites mesures assez clairement définies quand même, de l'article XVI. Nous avons là une formule générale où l'on vous dit que chaque Membre de l'OMC doit accorder un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires, et que ce traitement peut être soit formellement identique, soit formellement différent. Ce qui compte à la fin, c'est qu'il n'y ait pas d'affectation des conditions de concurrence en faveur des fournisseurs de services similaires ou des services similaires. Maintenant, essayons de déchiffrer ce jargon terme après terme:

"traitement non moins favorable" : cela signifie simplement qu'il s'agit d'une restriction qui a pour effet de traiter moins bien un étranger qu'on ne traite un national. Ici, c'est relativement simple.

Maintenant, pourquoi les *"services similaires"* et les *"fournisseurs de services similaires"*? Parce que l'AGCS quelquefois traite de services, quelquefois traite de fournisseurs de services. On en revient à notre exemple du téléphone: lorsque je téléphone à mes parents en Bretagne, ce n'est pas France Télécom qui se déplace ou un agent de France Télécom qui prend son vélo et qui se déplace entre Genève et Lorient, ce sont des électrons. C'est un service et non un fournisseur de services. En revanche, une autre fois, le fournisseur de services, lui se déplacera physiquement. Par exemple le consultant, voire le bateau. Il faut donc toujours faire référence à la fois aux services et aux fournisseurs de services car dans certains cas, nous avons un déplacement de fournisseurs de services alors que dans l'autre, il y a un déplacement uniquement du service.

Ensuite, on nous dit à chaque fois: *"service similaire"* ou *fournisseur de services similaires*". Là encore, il faut revenir au GATT. Au GATT, il y a une jurisprudence considérable sur ce que l'on appelle le *"produit similaire"*, *"like product"*.

Pour vous expliquer ce qu'est un "like product", en fait, c'est très simple. Je vais vous donner 2 exemples tirés du GATT: le whisky et le soja d'un côté et la coquille Saint-Jacques et le pecten de l'autre. Au Japon, il y avait une législation autrefois qui faisait que le whisky ou tous les alcools forts d'ailleurs, étrangers, de plus de 40° étaient taxés très lourdement alors que le soja (alcool de riz) de plus de 40° également, était lui, très légèrement taxé. Alors, les étrangers, notamment les importateurs de whisky, ont contesté cette législation en avançant qu'un alcool de 40° restait un alcool de 40°, quel qu'il soit et que peu importe la graine à partir de laquelle on avait fait l'alcool, que le but du consommateur en l'achetant, c'était de se saouler et que par conséquent, il n'y avait aucune distinction à faire entre le soja et le whisky. Naturellement, les japonais ont dit que c'était très différent, que le soja était quelque chose de culturel, que c'était du riz et que ce n'était pas de l'orge et que donc tout ceci justifiait une taxation différenciée. Le panel a considéré que pour les besoins du GATT – pour les besoins de la taxation dans ce cas particulier, du soja et du whisky – il fallait considérer que le whisky et le soja étaient des produits similaires.

Et même chose pour les coquilles Saint-Jacques. Cette fois-ci, c'était un débat qui opposait la France à travers la Communauté Européenne et le Chili. Il se trouve que les coquilles Saint-Jacques et les pecten (pétoncles) chiliennes sont, d'un point de vue zoologique, différents. Dans un cas, nous avons affaire à un mollusque strié et dans l'autre pas, et un mollusque hermaphrodite et dans l'autre un mollusque sexué. Cela étant, une fois dans l'assiette, il est assez difficile de voir la différence, et là encore, le

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

panel a considéré que l'on devait pouvoir les appeler "coquilles Saint-Jacques" dans les 2 cas car il s'agissait de 2 produits similaires.

Pour les services, nous n'avons pas encore d'exemples. Qu'est-ce qu'un fournisseur de services similaires? Eh bien, mutatis mutandis, la même jurisprudence s'appliquera, c'est-à-dire que l'on considèrera que ce sont des fournisseurs similaires: des fournisseurs placés dans des situations identiques. La difficulté est de savoir en particulier si les fournisseurs (situés dans des pays différents) sont placés dans des situations identiques. Par exemple, est-ce qu'un local établi dans un pays pour faire du transport terrestre est dans la même situation qu'un camionneur qui arrive juste de l'étranger sans être établi dans les pays? Voici une question qui est ouverte et nous verrons comment les panels trancheront. Mais ça dépendra énormément des cas d'espèce.

Je passe maintenant au deuxième élément de cette diapositive: "*le traitement formellement identique*" ou "*le traitement formellement différent*". Il arrive que le traitement réservé aux fournisseurs étrangers ne soit pas juridiquement le même que celui réservé aux fournisseurs de services nationaux car nous sommes toujours plus exigeants avec les étrangers, nous leur demandons plus de documents (pour s'assurer que ce ne soit pas quelqu'un qui ait fait de la prison, qu'il ne s'agisse pas d'une société ayant eu une conduite frauduleuse, que cette société a bien la surface financière nécessaire). Il est donc logique que dans certains cas, notamment en matière de services financiers – mais aussi Télécoms – que tous les services qui impliquent de lourds investissements et la confiance du public, que le traitement réservé aux étrangers soit considérablement plus lourd – même sur le fond – que celui réservé aux nationaux.

En revanche, en soi, un traitement différent n'établit pas de présomptions, que ce traitement soit une discrimination. Ce qui compte, c'est le résultat final. C'est là qu'on en vient au 3ème élément de cette diapositive, ce qui compte, c'est qu'il n'y ait pas de modification de condition de concurrence entre les fournisseurs étrangers et les fournisseurs nationaux.


Alors, à nouveau, nous n'avons pas encore de jurisprudence sur ce qui constitue une modification des conditions de concurrence en matière de services. En revanche, à nouveau, il y a une jurisprudence importante et exhaustive sur ces conditions de concurrence dans le GATT, puisque nous avons copié mot à mot, dans ces cas particuliers, les expressions du GATT. Comme pour le whisky et le soja, comme pour les coquilles Saint-Jacques et les pétoncles, les interprétations des panels ont toujours tendu à avoir une conception large de l'affectation des conditions de concurrence.

Donc, en tant que "réglementeur", vous devez vous poser la question de savoir comment vous appliquez votre réglementation. Si vraiment la législation est sur le papier, objective, et ne fait pas de différence entre les nationaux et les étrangers mais que, en pratique, comme par hasard, ce sont toujours les nationaux qui "décrochent la timbale", alors, vous avez sans doute intérêt à lister votre restriction, parce que, si vous ne le faites pas, il y a une risque que le panel considère que l'application de cette législation est une restriction du traitement national de facto, et à partir du moment où vous ne l'avez pas listé, elle tombe automatiquement. Donc, quand vous appliquez de manière "orientée" une législation rédigée apparemment de manière objective, vous avez intérêt à lister ces législations, sinon, vous courez le risque de les voir tomber.

Article XVI.2 f)

**PARTICIPATION ÉTRANGÈRE
AU CAPITAL**

Les investisseurs étrangers peuvent détenir
au maximum 49 pour cent du capital de ces
entreprises.

 slide 33

La difficulté, en ce qui concerne le traitement national, c'est que l'on n'a pas de liste exhaustive des limitations. On n'a pas d'exemples de limitations donnés par le texte de l'Accord. Cela posé, il y a moyen de se débrouiller! D'abord, on connaît au moins 2 des limitations au traitement national, tout à fait typiques, qui sont par exemple, les subventions réservées aux nationaux. Clairement, ça ne tombe aucune de ces restrictions à l'accès aux marchés et ça donne un avantage par rapport aux étrangers, donc, c'est une limitation au traitement national. Deuxième exemple classique, c'est toutes les limitations qui concernent l'achat ou la location de terrains ou d'immeubles, quelque chose que l'on rencontre très fréquemment en Amérique latine, dans les zones frontalières, au Danemark, et dans d'anciens pays socialistes. Ces limitations qui s'opposent à l'achat de terrains par des étrangers ne sont pas opposables aux nationaux par définition, et de ce fait, constituent une limitation au traitement national.

Conscients de la difficulté à laquelle étaient confrontés les rédacteurs des listes, lorsque l'on a entrepris de préparer la deuxième négociation et donc de réviser ce que l'on appelle "*les lignes directrices pour la formulation des engagements*" (une sorte de mode d'emploi de tout cela), on a cherché à établir une liste exemplative des limitations au traitement national. C'est une liste exemplative qui n'a pas de valeur juridique. Elle est établie par le Secrétariat sous sa propre responsabilité avec beaucoup de précautions juridiques. Elle a été tirée d'une série d'exemples "pêchés" dans les listes et vous la trouverez, ainsi qu'il est indiqué dans la diapositive, dans le document S/L/92 Appendice 1, ce document étant le mode d'emploi des listes de documents que, hélas pour vous, vous devrez beaucoup consulter puisque tout y figure.

Quelques exemples tirés de ce document: les subventions - j'en ai déjà parlé - les subventions au sens large, d'ailleurs – ça peut également couvrir des contributions en nature ou des rabais fiscaux, les conditions de résidence (la condition de résidence est typiquement une limitation au traitement national). Lorsque vous dites qu'il faut avoir résidé 3 ans pour établir une banque, ou qu'il il faudrait, pour exercer la profession d'avocat, avoir résidé 3 an, bien sûr, cette obligation de résidence s'applique aussi aux nationaux. Mais en pratique, c'est plus simple pour un suisse de résider en Suisse que pour un étranger de résider en Suisse, même s'il y a beaucoup d'étrangers qui résident en Suisse. Et par conséquent, ceci constitue ce que l'on appelle "*le traitement national de facto*", et donc, très souvent, il y a des conditions de résidence qui sont listées comme limitation au traitement national puisque là encore la condition de résidence ne tombe pas dans l'une des 6 catégories de l'accès aux marchés.

Il faut aussi lister les licences et les exigences de qualifications et d'enregistrement dans la mesure où il y a quelque chose de discriminatoire dans le contenu. N'oublions pas également les mesures qui ont trait au contenu local ou au transfert de technologie ou à la formation. C'est aussi une limitation que l'on applique classiquement en Asie Centrale et en Afrique, qui consiste à dire: voilà, les entreprises comptables ou médicales devront former tant de stagiaires locaux par an (uniquement les entreprises étrangères). Dans ce cas-là, tous ces dispositifs de transfert de technologie doivent être listés en traitement national. Viennent ensuite les choses plus spécifiques à des secteurs, comme par exemple l'impossibilité de transférer de l'assurance sociale: par exemple, l'assurance-maladie allemande qui ne paie pas les soins donnés à des Allemands en Hongrie (en d'autre


Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

termes, si vous souhaitez être remboursés par l'assurance allemande, il faut que vous preniez vos soins en Allemagne). Ceci est une limitation de la consommation à l'étranger qui se liste en traitement national.

Même chose pour les limitations concernant les bourses d'études. Par exemple, si l'État allemand fournit des bourses, et qu'elles ne sont pas valables pour des études à l'étranger. C'est donc aussi une limitation au traitement national. La liste n'est pas exhaustive.

Norme du traitement national (article XVII)

- "... traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires."
- "... soit un traitement formellement identique ... soit un traitement formellement différent."
- Critère: pas de modification des "conditions de concurrence" en faveur des services similaires ou fournisseurs de services similaires nationaux.

slide 34

A présent, je voudrais aborder avec vous la façon dont on remplit la grille. Si vous vous hasardez à lire l'une des 5 000 pages, vous verrez grosso modo 4 types d'inscription de mentions dans les listes: "Néant", "Non consolidé", "Non consolidé*" et puis le texte des limitations. Par exemple: "participation à l'étranger limitée à 49 %". "Néant" signifie: pas de limitation. Ceci est extrêmement important à comprendre car on a malheureusement utilisé une terminologie négative, et l'on pourrait donc croire que "Néant" veut dire: pas d'engagement. Mais c'est l'inverse puisque "Néant" signifie: pas de restriction et équivaut à un engagement complet.

La signification d'un "Néant" en face d'un mode de livraison particulier, dans une colonne particulière – par exemple: en face d'un mode 3 dans la colonne "accès aux marchés" – ça signifie: pas de limitation au nombre de fournisseurs, pas de limitation au capital étranger, pas de limitation aux personnes employées. En fait, aucune des 6!

A l'opposé du "Néant", il y a "Non consolidé". Là, c'est plus clair, l'engagement "Non consolidé", ça signifie qu'il n'y a aucun engagement dans ce secteur, dans cette colonne, pour ce mode de livraison.

"Pas d'engagement" ne veut pas nécessairement dire que l'activité est interdite, mais simplement qu'il n'y a pas de garantie donnée sur cette activité. Pour les services bancaires, ça veut dire par exemple que, en mode 3, accès aux marchés, vous ne prenez pas d'engagement. Mais ne pas prendre d'engagement signifie que vous avez la possibilité d'instituer des restrictions. Si vous en avez déjà, vous avez la possibilité de les aggraver et vous avez la possibilité de revenir en arrière, en avant, d'aggraver, d'améliorer, faire tout ce que vous voulez. Vous gardez une totale liberté réglementaire. Et encore une fois, il ne faut pas immédiatement identifier "Non consolidé" à "interdit". Non consolidé, ça peut recouvrir des situations totalement libérales mais qui ne sont pas garanties, ou des situations restrictives.

En soi, la liste ne précise pas quelle est la situation réelle. La liste est seulement à propos des garanties données par un État; quand il n'y a rien dans la liste, quand il y a un "Non consolidé", on ne sait pas quelle est la situation réelle, simplement on sait qu'il n'y a pas de garantie donnée. D'ailleurs, le plus souvent les "Non consolidé" recouvrent des régimes libéraux parce que très souvent, il n'y a pas de réglementation dans les pays et les gens peuvent faire ce qu'ils veulent, mais sans garantie juridique.

"Non consolidé*", c'est un peu un sous-paragraphe de "Non consolidé" et ça signifie que le pays considère que la prestation n'est pas faisable techniquement. On retrouve ces exemples que je vous donnais tout à l'heure de l'hôtel en transfrontière ou de la construction en transfrontière.

Passons ensuite au quatrième type d'entrée que vous pouvez trouver dans la liste: c'est la restriction elle-même. Là, je dois dire quelque chose qui est aussi assez important: c'est que vous n'êtes pas obligés de lister uniquement la restriction telle qu'elle est.

En fait, vous avez le choix entre 3 stratégies:

Première stratégie: vous avez cette restriction. Vous n'avez pas l'intention de l'alléger dans un avenir proche. Vous n'avez pas l'intention de l'aggraver non plus dans un avenir proche. Donc, vous la listez telle quelle. C'est ce que l'on appelle "*le statu quo*" et c'est le cas le plus classique.

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

Deuxième stratégie: vous vous dites que cette négociation - cette deuxième négociation - c'est l'occasion pour vous d'alléger un peu votre dispositif tout en conservant des bouts. C'est ce que l'on appelle dans notre langage "*le roll back*" ou "*le démantèlement*". Typiquement, ça a été le cas du Mexique, qui en 93, avait beaucoup de 49 % et qui est passé ensuite à 51 % dans beaucoup de secteurs. Le passage de 2%, ça change tout évidemment, et c'est un démantèlement. Il reste des limitations sur la propriété du capital, mais maintenant on autorise la détention majoritaire. Vous avez aussi des exemples dans la liste chinoise où l'on vous dit que pendant les 3 premières années, ce sera 49 et à partir de 2005, on autorisera 51 % et même 100 % de propriété étrangère.

La troisième stratégie qui est possible, c'est celle qui consiste à dire: je ne vais pas passer à la caisse, cette fois-ci, je vais me garder une marge. C'est ce que nous pouvons appeler *la stratégie de la marge*. Il n'y a pas de terminologie vraiment consacrée. Ça consiste à dire que j'ai 49 % mais que je sais que les Américains vont me demander 100 %; donc, je vais offrir 30 %. Ainsi, en fin de négociation, je lâche à 35 %, dans 5 ans, je lâche à 40. Ainsi, avant d'arriver à 49 qui est ma limite véritable, ça prendra 15 ans, ce qui nous laisse le temps de voir! Dans ce cas-là effectivement, on liste la restriction à un niveau supérieur à ce qu'elle est. Ça ne signifie pas que les étrangers sont limités à 30 %, loin de là, ça veut dire que vous pouvez encore bouger votre restriction entre 49 et 30 %. Vous pouvez l'aggraver, mais dans la limite de 30 %. Ce à quoi vous vous engagez à l'OMC, c'est à ne jamais faire descendre la participation des étrangers en dessous de 30 %. En pratique, après, vous appliquez ce que vous voulez, c'est à vous de juger, à partir du moment où vous l'appliquez à tout le monde en respectant l'obligation NPF et que vous ne descendez jamais en dessous de 30 %, vous faites ce que vous voulez, vous avez une liberté partielle.


On n'a pas de véritable statistique sur la façon dont les États ont utilisé ces 3 stratégies, car encore une fois, compte tenu de la faiblesse du système de notifications, on ne sait pas quelle est la situation réelle. Cela étant, par sondage et par la pratique quotidienne des 4 000 pages et des 144 délégations, il semblerait que dans 80 ou 90 % des cas, les États aient utilisé en fait le statu quo et que l'utilisation de la stratégie de la marge soit assez rare - encore qu'il y ait quelques cas d'utilisation de la stratégie du démantèlement partiel.

En tout cas, sachez toujours que lorsque vous faites une offre, dans un mode donné, dans une colonne donnée, vous avez ces 5 options (je récapitule l'ensemble du continuum) qui va de "Néant", aucune restriction (et vous les abolissez pour toujours si vous en avez, et si vous n'en avez pas, vous n'en mettez jamais). A l'extrême opposé, "non consolidé": je garde une totale liberté, je peux en mettre, je peux en enlever, je peux en ré-instituer, je fais ce que je veux. Au milieu, le "statu quo", la restriction telle qu'elle est, et de part et d'autre du statu quo, soit le "démantèlement": je démantèle un peu ma restriction; soit la stratégie de la "marge": je me garde une marge pour les négociations futures.

Limitations typiques concernant le traitement national

- Subventions et autres mesures financières discriminatoires
- Prescriptions en matière de nationalité et de résidence pour certains employés
- Prescriptions en matière de licences, de qualifications et d'enregistrement
- Prescriptions en matière de transfert de technologie et de formation
- Prescriptions relatives à la teneur en éléments d'origine nationale
- Interdictions concernant la propriété de biens fonciers ou immobiliers
- Limitations concernant la transférabilité de l'assurance, l'utilisation des bourses d'études, etc.

- Voir aussi S/L/92, Appendice 1.

slide 35

Une chose très importante et que je vous ai déjà dite tout à l'heure, c'est que seuls, les limitations expressément listées peuvent être appliquées. C'est-à-dire que si vous avez le malheur d'avoir oublié une limitation, elle est morte, définitivement éteinte! Il y a une conséquence à cela lorsque l'on lit une liste. Si vous lisez par exemple: "banque, mode 3, limitation à 49 %", ça veut dire qu'il n'y a aucune des 5 autres. Ça veut dire certes que les banques étrangères sont limitées à 49 %, mais ça veut dire qu'il n'y a pas de limitation du nombre de banques, pas de limitation du nombre de personnes employées par les banques, pas de limitation sur les "joint venture", les succursales, les filiales; il n'y a pas de limitations sur le volume ou la valeur des transactions. Ici, vous voyez développées les 3 stratégies de statu quo, de démantèlement, et de marge.


Si vous avez le malheur de devoir rédiger l'offre de votre pays - je dis le malheur car c'est quelque chose de difficile - vous serez confrontés, un peu comme Hamlet, à une question essentielle qui est: "inscrire ou ne pas inscrire", qu'est-ce que je dois lister?, qu'est ce que je ne dois pas lister?

Terminologie relative aux "limitations"

Pour chaque mode de fourniture, les Membres peuvent inscrire les mentions suivantes:

- Pas de limitation (engagement sans limitation) = "Néant"
- Pas d'engagement techniquement réalisable = "Non consolidé*"
- Pas d'engagement = "Non consolidé"

slide 36



Nous allons voir les mesures qui concernent les licences, les qualifications, l'autorisation, l'approbation, l'enregistrement. Première chose: comme je vous l'ai dit précédemment, lorsque ces procédures sont automatiques, lorsque l'on obtient ces licences, ces qualifications, cette approbation, cette autorisation, cet enregistrement, et que les conditions juridiques sont réunies, il est inutile de lister.

Si, en revanche, elles tombent dans l'un des 6 cas de figure de l'accès aux marchés, c'est-à-dire le nombre de fournisseurs, le volume ou la valeur des transactions, le nombre de personnes employées, la forme juridique ou le capital, alors on doit les lister dans la colonne "Accès aux marchés" et "Au titre de l'accès aux marchés".

Enfin, si elles sont totalement discriminatoires et si elles ne tombent pas dans l'une des 6 catégories d'accès aux marchés, elles peuvent être listées dans la colonne "Traitement national".

Souvent, le mieux est l'ennemi du bien, c'est-à-dire que souvent les Membres veulent être un peu plus transparents et rajoutent un certain nombre d'explications sur des choses qui ne sont pas des restrictions à proprement parler, par exemple, des choses sur le fait de ne pas avoir fait de prison ou d'avoir la surface financière, etc. Ceci donc en principe n'a pas à être listé, et le fait de le lister part certes d'un bon sentiment (l'idée de bien expliquer la mesure), mais en même temps crée des problèmes car on a l'impression qu'il y a un engagement, donc d'une certaine façon, vous vous engagez au-delà de ce qui est nécessaire. Donc, pour éviter ce douloureux problème d'interprétation au panel, mieux vaut ne pas inscrire ces éléments aux fins de transparence. Vous avez toujours l'occasion dans la succession des offres des négociations, de faire des sortes de notes de couverture dans lesquelles vous expliquez tout ceci. Ces notes de couverture font ensuite partie d'un document officiel de l'OMC et peuvent être invoquées comme "histoire de la négociation".

Il y a toujours moyen si vous souhaitez apporter les précisions aux Membres, de le faire d'une façon qui sera enregistrée par les tabellions de la négociation que nous sommes et qui pourra le moment venu, en termes de règlement des différends, être ressortie. Il ne faut pas surcharger les listes, parce que plus on inscrit de choses dans ces listes, plus on ouvre de champs à l'interprétation, et donc plus on multiplie les risques.

Terminologie relative aux "limitations" (suite)

- Engagements avec limitations = seules les limitations expressément inscrites peuvent être appliquées
- Les limitations inscrites peuvent être:
 - les limitations existantes (statu quo)
 - inférieures aux limitations existantes ("démantèlement")
 - supérieures aux limitations existantes ("marge")

slide 37

Il y a un certain nombre de choses qui n'ont pas besoin, non plus, de figurer sur les listes: d'abord tout ce qui a trait à la réglementation intérieure, laquelle est décrite dans l'article VI du GATT. Il y a toute une série de législations qui concernent les services et qui se réfèrent notamment à des procédures d'autorisation, mais qui n'ont rien à voir avec le commerce. Il est normal qu'un État réglemente l'accès à la profession d'avocat ou l'accès à la profession de médecin. Quiconque souhaite être médecin doit remplir un certain nombre de conditions, et le fait d'exiger ces conditions, généralement, n'a rien à voir avec le commerce. C'étaient des réglementations à usage interne à une époque où il n'y avait que des nationaux qui opéraient. Bien sûr, il pourrait y avoir un usage mal intentionné de ces dispositions, mais la plupart de ces dispositions n'ont rien à voir avec le commerce. Donc, lorsqu'il s'agit de dispositions de réglementations intérieures, elles n'ont pas à être listées, sauf si, encore une fois, elles tombent dans le champ de l'article XVI ou de l'article XVII, c'est-à-dire s'il y a vraiment une procédure d'autorisation discrétionnaire.

De la même façon, en ce qui concerne les mesures concernant le contrôle des changes ou le non rapatriement des bénéfices et ce type de choses. Là, la situation est relativement simple. Il y a un point qui est extrêmement important et très lourd de conséquences, c'est que, lorsque l'on prend un engagement, on autorise automatiquement, en vertu de l'article XI du GATT, le libre transfert des capitaux: on prend en fait un engagement sur les opérations courantes et également sur les opérations en capital. Ceci est quelque chose que les pays en accession ne réalisent pas toujours, et souvent il y a des contrôles de la Banque Centrale sur toutes ces choses, par exemple sur les arriérés que peuvent accumuler les armateurs ou les compagnies aériennes. Il faut savoir que ces restrictions sont illégales s'il y a un engagement dans le secteur considéré.

Il y a une exception à cela qui figure dans l'article XII. C'est-à-dire que si le FMI a autorisé votre pays, pour établir sa balance des paiements, à instituer un contrôle des changes, il s'avère que ces mesures-là sont légales nonobstant les dispositions de l'article XI.

Donc, de deux choses l'une, soit vous avez un engagement, soit vous n'en avez pas. Si vous en avez un, vous êtes obligés d'assurer la liberté des changes des opérations courantes et des opérations de capital; ou bien vous n'avez pas d'engagement, auquel cas vous faites ce que bon vous semble. Maintenant, si vous avez un engagement et que vous souhaitez vous libérer des conséquences que ça peut avoir sur le contrôle des changes, il n'y a qu'une solution, c'est d'obtenir l'approbation du FMI. Si ce n'est pas le cas, toutes mesures de contrôle des changes portant sur des secteurs objets d'engagement sont illégales. Ça ne sert à rien de lister les dispositions du contrôle des changes: ou elles sont légales parce qu'elles ont été approuvées par le FMI, ou elles sont illégales, et le fait de les lister ne les rendra pas plus légales pour autant. Elles restent illégales au titre de l'article XI et XII.

La troisième chose que vous n'avez pas listé, c'est toutes les considérations de santé publique, de moralité publique, de sécurité, etc, c'est ce que l'on appelle "les exceptions".

Autrement dit, comme dans tout Accord OMC, il est possible de se soustraire à ces obligations pour des raisons impérieuses qui sont définies limitativement par l'Article XIV du GATT (santé publique, moralité publique, protection de la confidentialité des

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

données, bonne exécution de la loi, prévention des pratiques frauduleuses). Là encore, nous suivons la doctrine OMC en ce qui concerne les exceptions: il y a ce qu'il convient d'appeler un "test de nécessité". Cet Article XIV comprend ce que nous appelons communément: "un chapeau" qui stipule que pour pouvoir invoquer une exception, il faut que la mesure qui a consisté à violer vos engagements soit la plus légère qu'il était possible de prendre pour atteindre le but légitime. En d'autres termes, si le panel considère qu'une mesure plus légère et conforme à vos engagements permettait d'atteindre le même but de protection de la sécurité, de la santé, de la confidentialité, de la moralité publique, il y a lieu de considérer que dans ce cas votre exception est illégale. En revanche, si le panel considère que c'était la seule solution et que cette mesure était proportionnée, alors vous avez le droit de violer vos engagements, sans avoir à lister tout cela puisque l'article XIV l'emporte sur vos engagements.

Il y a une jurisprudence abondante, non pas sur l'article XIV mais sur son équivalent GATT qui est l'Article XXI puisque naturellement, à chaque fois que les Membres de l'OMC ont violé leurs obligations, ils ont toujours dit que c'était pour de bonnes raisons à cause de l'exception et les panels ont progressivement renforcé au fil du temps les conditions de ce test de nécessité: la vérification de la légitimité de la mesure est maintenant quelque chose d'extrêmement précis et d'extrêmement cadré qui ne permet pas les abus. Il n'y a qu'un seul motif d'exception qui permet les abus, c'est la sécurité nationale (Article XIV bis du GATT). Il n'y a pas de tests de nécessité. Dès lors qu'un État considère que ses intérêts de sécurité sont affectés, il n'a pas à démontrer que la mesure devait être proportionnée.

Il y a aussi une autre disposition qui n'a pas à être listée et là, j'appelle l'attention des auditeurs et des téléspectateurs, d'une part des gens du Ministère du Commerce, et d'autre part, des gens de la Banque Centrale ou des directions du Trésor: il s'agit des mesures prudentielles. Ces dernières sont des mesures propres aux services financiers, donc de banque, d'assurance et de bourse qui ont pour objet de protéger la confiance des épargnants et des consommateurs dans le système bancaire, voire dans le système financier en général. Ces mesures font l'objet d'une exception, dans l'annexe sur les services financiers, qui est le complément, la partie de l'AGCS, qui traite des services financiers. Il y est dit qu'un État peut se soustraire à ces obligations, peut même prendre des mesures contraires à ces obligations dès lors que le but qu'il poursuit est un but prudentiel. Par conséquent, il peut imposer des limitations du nombre de fournisseurs, des limitations quantitatives sur l'accès, sur le volume, sur la valeur des transactions, etc, ou des traitements discriminatoires en matière de traitement national dès lors que le but poursuivi, encore une fois, est le but légitime de protéger la confiance des épargnants.

Alors, vous, Ministère du Commerce, vous vous trouverez toujours confrontés à des angoisses des banquiers centraux des directions du Trésor. C'est-à-dire que nous n'avons pas de véritable définition de la mesure prudentielle dans la mesure où celle-ci est définie par son but. Mais concrètement, nous n'avons pas de liste de ces mesures. Nous ignorons si telle ou telle chose est prudentielle ou ne l'est pas. Nous le savons pour certaines choses claires comme les ratios Cook par exemple, mais il y a beaucoup de mesures de zones grises.

Donc, l'exception prudentielle que vous montrerez aux personnes de la Banque Centrale ou de la Direction du Trésor ne les satisferont jamais. Elles vous diront: "oui, mais là, cette mesure, je ne suis pas vraiment sûr qu'elle soit prudentielle.. Donc, dans le doute, je préfère la lister". De ce fait, très souvent, des mesures prudentielles qui n'ont pas à être listées – parce que couvertes par l'exception – le sont malgré tout, sous la pression, à laquelle il est difficile de résister, des directions du Trésor et des Banques Centrales.

Là encore, le mieux est l'ennemi du bien; il faut porter une sorte de jugement mesuré. Si vous listez des mesures clairement prudentielles, elles sont d'une certaine façon fragilisées, et de ce fait, ça ne présente aucun intérêt, c'est inutile, voire quelquefois nuisible.


En revanche, si vous avez le moindre doute sur la nature de la mesure, en particulier si, alors qu'elle est apparemment prudentielle, elle sert en réalité à faire le tri, pour des raisons purement commerciales, alors, il vaut mieux dans ce cas lister la mesure parce que son caractère prudentiel pourrait être, le cas échéant, contesté.

Il faut savoir aussi que, comme tous les banquiers centraux du monde et toutes les directions du Trésors du monde ont des mesures prudentielles, aucune n'a intérêt à ce qu'il y ait un jour une dispute ou un cas de règlement des différends sur les mesures prudentielles. De ce fait, les risques en matière de règlement des différends prudentiels sont relativement restreints.

Engagements horizontaux

- Instrument destiné à éviter des répétitions dans les engagements sectoriels lorsque les mesures inscrites couvrent tous les secteurs
- Peuvent s'appliquer à tout ou partie des modes de fourniture
- Caractère juridiquement identique aux engagements spécifiques

slide 38



Regardons maintenant les types de restrictions qui ont été listées par les différents Membres, d'abord pour ce qui concerne l'accès aux marchés. Cette diapositive concerne le mode 3 qui est le mode le plus important et le plus opératoire pour la plupart des services, notamment tous ceux qui supposent un investissement sur le territoire, par exemple les Télécoms, les services financiers, et dans une large mesure, les transports aussi.

Le premier point intéressant dans ce graphique, c'est qu'il n'y a pas 6 catégories (comme les 6 catégories d'accès aux marchés) mais 8. Ces catégories correspondent aux catégories que le Secrétariat a identifiées lorsqu'il a essayé d'analyser les restrictions listées par les Membres. A la base, nous reprenons les 6 catégories existantes pour l'accès aux marchés auxquelles nous ajoutons une autre catégorie, qui à notre avis, n'avait rien de commun avec l'accès aux marchés et le traitement national. Nous avons donc cette catégorie "Autres (G)" et nous avons en H les "Limitations au traitement national" qui ont été mal listées et qui auraient dû être dans la colonne "Traitement national" au lieu d'être dans la colonne "Accès aux marchés".

Vous voyez qu'elles sont extrêmement nombreuses, elles sont plus de 3 000 au total. La signification des couleurs des colonnes est la suivante: les engagements sectoriels sont représentés en marron foncé, tandis qu'en bleu figure la combinaison "horizontaux" et "sectoriels". Les restrictions purement horizontales, c'est la fraction de bleu sans marron.

Si l'on procède maintenant à l'analyse rapide de cette diapositive, nous sommes immédiatement surpris par ce nombre de restrictions (on en dénombre une dizaine de mille). C'est en fait tout à fait logique, car il en existe bien 2 ou 3 par page et l'on se souvient qu'il y a 4 000 pages de listes d'engagements.

Ensuite, on s'aperçoit qu'il n'y a pas loin de 3000 limitations au traitement national tout compris – qui auraient dû être listées en "traitement national" et non pas en "accès aux marchés".

Puis on voit qu'il y a environ 2 500 autres restrictions (qui ne sont pas des restrictions). Ces restrictions ne sont, à notre avis, ni des restrictions à l'accès aux marchés, ni des restrictions au traitement national. J'imagine qu'il y a là beaucoup de mesures prudentielles, par exemple.

Continuons sur les restrictions proprement listées, et nous constatons clairement que les 2 restrictions les plus populaires sont "la limitation au capital étranger", ce qui est très classique en banque, en télécoms: 49 %, 51 %, et la limitation des entités juridiques. Plusieurs explications à la popularité des limitations aux entités juridiques: il y a des explications non discriminatoires, c'est-à-dire que dans certains types de services comme les services médicaux, les services professionnels en général (les avocats, les architectes, les comptables) certaines formes sociales sont interdites. Généralement, les sociétés commerciales sont interdites et il faut en passer par les formes sociales spécifiques. Et puis une explication discriminatoire également, toutes les exigences de "joint venture" par exemple, sont là. J'allais oublier une autre explication non discriminatoire: les banques. Très souvent, par exemple, il est interdit de faire de la banque sous forme de succursale parce que les régulateurs aiment bien pouvoir saisir un capital et mettre les gens en prison. C'est donc plus facile ainsi et beaucoup plus qu'avec une succursale.

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

Ensuite, à égalité, nous avons "la limitation au nombre de fournisseurs" et "la limitation des transactions ou des avoirs". La limitation au nombre de fournisseurs est également fréquente en banque et en télécoms (nombre d'opérateurs ou nombre de banques autorisé).

Les moins populaires en fait sont le nombre d'opérations et le nombre de personnes physiques qui sont des formes d'intervention relativement lourdes des pouvoirs publics, et qui sont par conséquent relativement rares.

Engagements horizontaux typiques

- Les mesures peuvent concerner un ou plusieurs modes de fourniture:
 - restrictions concernant la propriété foncière, l'investissement, l'admission des personnes physiques
 - mesures fiscales discriminatoires
- Les engagements horizontaux conditionnent toutes les autres entrées, sauf mention contraire:
 - la mention "néant" dans une section sectorielle signifie: sauf comme indiqué dans la section horizontale
 - les exceptions doivent être indiquées de façon claire et systématique



slide 39

Si l'on procède au même exercice maintenant, en ce qui concerne le traitement national, comme je vous l'ai précédemment expliqué, il n'y a pas de liste exhaustive, officielle en tout cas, de limitations au Traitement national. Il y a cette liste exemplative que nous, Secrétariat, nous avons établie à partir des listes des Membres, dans le cadre de la révision des lignes directrices pour la formulation des engagements, et donc lorsque nous avons procédé à cet exercice de codification générale des restrictions au Traitement national, nous avons divisé en fait arbitrairement le Traitement national en une dizaine de catégories.

Alors, vous voyez que la limitation la plus populaire encore une fois (près de 1 800), ce sont *les autorisations*. Je vais encore répéter que les autorisations en soi, les procédures d'autorisation, de licence, etc, ne sont pas nécessairement des restrictions. Mais elles le sont lorsqu'elles se traduisent par des autorisations au cas par cas, lorsqu'il y a un élément de discrétion.

Les conditions de *propriété foncière* sont également un grand classique. On les retrouve plutôt dans certaines zones géographiques, les zones frontalières en Amérique du Sud, les anciens pays à économie d'État.

Ensuite, nous avons les conditions de *nationalité*: il s'agit typiquement de traitement national, parce qu'il est beaucoup plus facile, bien sûr, pour un Ivoirien d'être ivoirien que pour un Français. Bien sûr, on peut avoir la double nationalité, mais en pratique, une condition de nationalité, ça équivaut à un zéro quota, donc à une interdiction pure et simple d'exercer.

Les conditions de *résidence* sont aussi typiquement des restrictions au Traitement national parce qu'il est toujours plus facile encore une fois à un Ivoirien de résider en Côte d'Ivoire que ce ne serait le cas pour un Français, même si c'est possible.

"*Licence, Norme, Qualification, Enregistrement*", ça ressemble à l'autorisation, ce sont d'autres termes. Tout dépend en fait de ce que la mesure recouvre.


Après, nous avons un autre groupe qui recouvre les restrictions de *type fiscal* ou *subventions* puisqu'un rabais fiscal est, en tout cas dans l'optique GATT, une subvention, et il y a relativement fréquemment ce type de limitations qui sont très souvent horizontales, que l'on peut voir par l'importance de la colonne bleu clair dans les 2 cas, en particulier pour les subventions.

Et puis, à nouveau, nous avons une catégorie "*Autre*" qui est une catégorie résiduelle de véritable restriction au traitement national.

Ensuite, une catégorie cette fois inversée de limitations qui auraient dû être listées dans l'accès aux marchés et qui l'ont été malheureusement en traitement national.

Inscrire ou ne pas inscrire?

- Mesures concernant les **licences, les qualifications, l'approbation, l'autorisation, l'enregistrement, etc.**
 - Au titre de l'**accès aux marchés**, uniquement les restrictions qui relèvent de l'article XVI a) à f)
 - Au titre du **traitement national**, uniquement les prescriptions ou procédures qui sont discriminatoires
- Les renseignements complémentaires (à des fins de transparence) ne doivent pas être inscrits

slide 40

Un élément extrêmement important, d'un point de vue pratique, pour vous qui serez amenés à rédiger les listes d'engagement de votre pays: il arrive fréquemment qu'une même mesure satisfasse aux critères des 2 articles XVI et XVII, et qu'elle soit à la fois une limitation à l'accès aux marchés et une limitation au traitement national. C'est à dire que d'un côté, elle est l'une des 6 restrictions à l'accès aux marchés et que de l'autre, elle a clairement un effet discriminatoire et avantage un national par rapport à un étranger. Il y en a plusieurs, on peut en lister quelques unes: La participation au capital étranger, par exemple, clairement, c'est discriminatoire.

La limitation au nombre de fournisseurs, quand on le précise, que ce sont uniquement des fournisseurs étrangers (sous-entendu, il n'y a pas de limitation aux fournisseurs nationaux), c'est aussi discriminatoire.

Même chose pour les obligations portant sur le nombre de personnes employées portant sur uniquement sur les étrangers et non pas sur les nationaux.

Dans ces cas-là, il y a une règle qui figure dans l'article XX de l'Accord, qui dit qu'une mesure qui est contraire aux deux – l'accès aux marchés et le traitement national – doit être listée dans la colonne "accès aux marchés". En tout cas, vous aurez la possibilité de faire un exercice dans lequel on se pose la question à chaque fois de savoir où lister de telles choses. C'est un élément de confusion, il faut être honnête, car rien ne permet d'identifier, à la lecture d'une liste, une mesure qui est contraire aux deux. On aurait pu même imaginer que les rédacteurs auraient convenu d'une convention (par exemple de mettre en gras quelque chose qui aurait été "contraire au deux", ou d'indiquer également "contraire au traitement national"), mais non, ce n'est pas le cas – pourquoi? Nous ne savons pas, ce sont les hasards de la négociation.

Mais en tout état de cause, ce qu'il faut retenir dans cette affaire, d'un point de vue pratique encore une fois, pour la rédaction future de vos listes, c'est la séquence en terme de préparation de la liste:

La première question que vous devez vous poser, c'est: "est ce que la mesure en question que nous soumet le Ministère technique est ou non 1 des 6 mesures de l'accès aux marchés?" Si tel est le cas, vous la listez comme "accès aux marchés" sans vous poser la question du traitement national parce que si par hasard, c'est aussi une limitation au traitement national, elle doit de toute façon être listée dans la première colonne.

Deuxième étape: si cette mesure ne tombe pas l'une des 6 catégories de l'accès aux marchés, est ce qu'elle confère un avantage à un national par rapport aux étrangers? Si oui, alors, je la liste dans la colonne "Traitement national".

Attention, il y a des cas où les mesures qui vous seront soumises ne satisfont à aucun des 2 critères: il y a des cas où ce n'est ni une mesure des 6 mesures de l'accès aux marchés, ni une mesure qui donne un avantage à un national par rapport à un étranger. Dans ce cas-là, c'est autre chose, et ça n'a pas à être listé. Tout à l'heure, quand vous ferez le test, vous verrez des exemples de ce type.

Mesures n'ayant pas à figurer sur les listes?

- N'inscrivez pas les mesures qui relèvent d'autres dispositions
 - Article VI (Réglementation intérieure)
 - Article XI (Paiements et transferts)
 - Article XII (Balance des paiements)
 - Article XIV (Exceptions générales)
 - et les annexes pertinentes (par exemple les mesures prudentielles dans le domaine des services financiers)



slide 41

Maintenant que nous avons fait à peu près le tour de la structure des listes, nous allons voir comment se présente une véritable liste. Vous pouvez voir ici un des secteurs (il s'agit des services de distribution qui sont le quatrième des 12 secteurs qui se divisent eux-mêmes en service de commerces par des intermédiaires, services de commerce de gros, services de commerce de détail et franchisage. Ici, nous avons le commerce détail (4c), et dans ce cas particulier, le pays en question a exclu le tabac. Les exclusions classiques en matière de commerce de détail sont le tabac, les armes à feu, les explosifs généralement, et la pharmacie. Alors, vous voyez que dans ce cas (comme on aurait dû le faire juridiquement) le pays a rempli les 8 entrées. C'est-à-dire les 4 modes pour l'accès aux marchés et les 4 modes pour le traitement national.

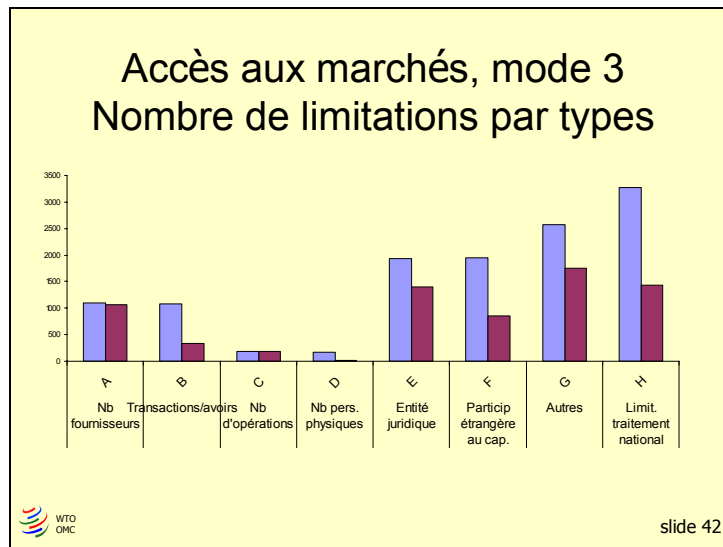
Pourquoi est-ce important de remplir? Parce qu'un blanc sera toujours interprété comme un néant, donc si vous avez des restrictions ou si vous ne souhaitez pas consolider dans ce mode de livraison particulier, il faut remplir la case. Ceci est vrai pour ce qui concerne les engagements sectoriels. Nous verrons tout à l'heure que ce n'est pas vrai pour ce qui concerne les engagements horizontaux.

Donc ici, vous avez un échantillon relativement classique des types d'entrée, des types de mention que l'on trouve dans des listes. Vous avez du "Non consolidé", c'est-à-dire que dans le mode particulier, le pays n'a pas d'engagement. Vous avez du "Néant" ce qui signifie que par exemple ici en mode 2, à la fois pour l'accès aux marchés et le traitement national et en mode 3 pour le traitement national, le pays en question n'a aucune des restrictions de l'article XVI ou le cas échéant de l'article XVII. Vous avez un cas aussi où, en mode 3, en accès aux marchés, le pays en question a listé 2 restrictions: la première, une obligation de "joint-venture"; et la deuxième, une autre exclusion sectorielle – qui d'ailleurs est discutable car elle aurait pu se trouver dans la première colonne, mais dans ce cas particulier, c'est limité aux seuls étrangers. Et enfin, vous avez en mode 4 un "Non consolidé" sauf comme indiqué dans les engagements horizontaux - c'est quelque chose que je vous expliquerai plus tard - car le mode 4 a quelques spécificités en matière de rédaction des engagements.

Enfin, vous voyez qu'il existe une quatrième colonne: "Engagements additionnels", que je vais vous expliquer également.

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

Diapositive 42



Ici, je vais vous parler des engagements horizontaux. Il y a un certain nombre de législations qui sont d'application générale à tous les secteurs de service, comme par exemple les législations sur les autorisations d'investissement (législations que l'on appelle "*de screening*" dans notre langage, "le tamisage" dirait-on en Français, contrôle des investissements), les législations sur la main d'œuvre qui généralement ne sont pas aux mains des Ministères techniques concernés (les transports ou les télécoms); généralement, les législations sur la main d'œuvre sont gérées au Ministère des Affaires Sociales et au Ministère de l'Intérieur et s'appliquent à tous les types de travailleurs dans tous les domaines de services et également dans le domaine industriel. Les limitations aussi sur les acquisitions de terrain s'appliquent à tous les fournisseurs de services, aux banquiers, comme aux fournisseurs de télécoms.

Pour éviter d'alourdir les listes et de répéter constamment ces limitations, on les a rassemblées, en tête de liste, dans une section que l'on appelle "*la section horizontale*", en quelque sorte "mis en facteur". C'est-à-dire que les limitations sectorielles doivent se lire à la lumière des limitations horizontales. Autrement dit, pour savoir la situation réelle des restrictions d'un secteur, il faut prendre non seulement la restriction qui est listée dans la partie sectorielle, mais il faut y ajouter les restrictions horizontales.

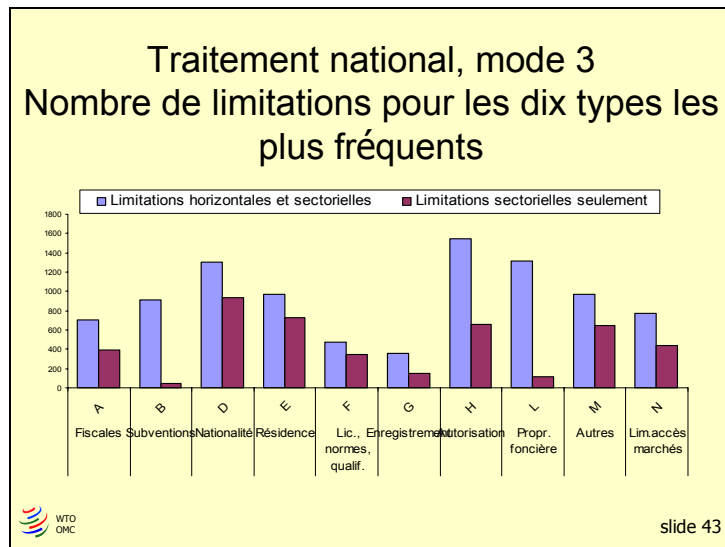
Par exemple, si vous avez les télécoms, participation limitée à 49 % et que, dans la partie horizontale, il y a une législation de contrôle des investissements et une limitation sur l'acquisition des terrains, il en ressort que la situation, pour les fournisseurs de Télécoms, sera: limitation à 50 % + contrôle des investissements + limitation sur le terrain.

Ces limitations horizontales, généralement, ont trait à un mode de fournitures particulier, par exemple, le contrôle des investissements - c'est essentiel du mode 3 car ça a trait à la présence commerciale. La législation sur les personnes, ça a trait essentiellement au mode 4, tandis que la législation sur les terrains sera du mode 3 car ça n'a de sens de n'avoir un terrain que si l'on a une présence commerciale.

Cela étant, il y a quelquefois des restrictions qui portent sur plusieurs modes. La valeur juridiques de ces engagements horizontaux est la même que celle des engagements spécifiques.

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

Diapositive 43



On va vous montrer quelques engagements horizontaux typiques:

les restrictions concernant la propriété foncière, l'investissement, les personnes physiques;

les mesures fiscales discriminatoires.

Une conséquence importante de cette combinaison des engagements horizontaux et des engagements sectoriels, c'est que un "Néant" ne veut pas dire "Néant", en tout cas s'il y a une section horizontale. En fait, si vous avez un "Néant" dans une section sectorielle, c'est "Néant" plus les restrictions horizontales éventuelles qui s'appliquent dans la section horizontale. Si par exemple vous avez "Télécoms, mode 3, Néant" et que par ailleurs vous avez une limitation sur l'acquisition de terrains, la situation de la restriction de Télécoms, ce sera la restriction sur l'acquisition de terrains.

Lorsque vous voulez en quelque sorte "désappliquer" la restriction horizontale, c'est-à-dire que vous avez un secteur pour lequel il y a un régime un peu particulier, par exemple parce que l'on est très libéral sur les mouvements de personnes pour les informaticiens, donc plus libéral qu'ailleurs, il faut l'indiquer clairement. Il faut une entrée du type "nonobstant les engagements horizontaux", la situation dans ce mode est la "restriction sectorielle".

Donc, il faut clairement "désappliquer" les engagements horizontaux si l'on veut y faire exception.

Recoupement entre l'accès aux marchés et le traitement national

Article XX:2:

Les mesures pertinentes (par exemple les contingents discriminatoires, les prescriptions en matière de coentreprises) doivent être inscrites dans la colonne relative à l'article XVI (accès aux marchés). Cette inscription introduit une condition et une restriction concernant également l'article XVII (traitement national).

Voir aussi S/L/92, paragraphe 18



slide 44

Deux mots maintenant concernant le "Mode 4". Très souvent, la mention que l'on trouve dans les listes, au titre du Mode 4, c'est "Non consolidé" sauf ce qui est indiqué dans les engagements horizontaux. C'est un peu inhabituel, et en voici la raison: le plus souvent, les législations qui régissent le mouvement de personnes physiques sont des législations horizontales. Généralement, elles ne sont pas propres au Ministère des finances pour ce qui concerne les banques ou au Ministère des Télécoms ou des PTT pour ce qui concerne les postes et les télécommunications. Ce sont donc des réglementations qui sont édictées conjointement par le Ministère de l'Intérieur en ce qui concerne les visas, et quelquefois par le Ministère des Affaires Étrangères et le Ministère des Affaires Sociales. Donc, ce sont des législations générales qui s'appliquent à tous les secteurs de services et également d'ailleurs à tous les secteurs industriels, tous les mouvements de personnes quels qu'ils soient. Par conséquent, le plus souvent, ces législations sont listées dans les engagements horizontaux. C'est-à-dire qu'elles sont mises en facteur au début de la liste, de façon à éviter les répétitions.

Une autre caractéristique, c'est que, pour une fois, ces engagements horizontaux ne sont pas formulés sous forme négative. Nous avons vu que, d'une façon générale, les restrictions étaient toujours formulées d'une manière négative, c'est-à-dire: "Néant", "Non consolidé". Il y a toujours un élément de négativité. Alors que, pour ce qui concerne les engagements horizontaux, c'est au contraire quelque chose de positif, de "donné".

Ces engagements portent sur 2 choses: d'abord, ils indiquent des catégories de personnes physiques pour lesquels les engagements sont pris, et les catégories classiques sont: les transferts intra entreprise, soit les mouvements d'une personne d'une entreprise à une autre. Par exemple, un expatrié de la Société Générale en France qui va gérer la filiale de la Société Générale au Bénin (transfert intra entreprise typique). Ou encore les visiteurs d'affaires ("business visitors" en Anglais), les gens qui viennent pour démarcher en quelque sorte, et essayer de vendre leurs services, généralement pour les périodes courtes (90 jours); les cadres, les managers, les spécialistes, qui sont aussi une catégorie classique qui d'ailleurs, dans une certaine mesure, se "tuilent" en recouvrement avec les transferts intra entreprise et avec les visiteurs d'affaires.

Il pourrait y avoir aussi les catégories non qualifiées (car rien dans l'Accord ne l'interdit). En pratique cependant, tous les engagements qui ont été pris jusqu'ici en matière de mouvements de personnes concernent des personnels qualifiés.

L'autre élément que ces engagements relatifs au Mode 4 concerne, ce sont des durées de séjours temporaires. On dit par exemple: visiteurs d'affaire, 3 mois; transfert intra entreprise, 2 ans, 2 ans renouvelables, 3 ans renouvelables.. La notion "temporaire" n'est pas définie d'une manière harmonisée, et par conséquent, "temporaire" pour certains Membres de l'OMC, pour certaines catégories, ça peut vouloir dire: 1 mois, ou bien encore: 8 ans. Les séjours courts sont les visiteurs d'affaires (90 jours) et les séjours longs sont les transferts intra entreprise ou les cadres, les managers, les spécialistes, les expatriés, auxquels cas nous pouvons atteindre 4, 5, 6, 7 ans.

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

Diapositive 45

| Structure des listes d'engagements | | | |
|---|--|--|---|
| Modes de fourniture: 1) Fourniture transfrontière 2) Consommation à l'étranger 3) Présence commerciale 4) Présence de personnes physiques | | | |
| Secteur or sous-secteur | Limitations concernant l'accès aux marchés | Limitations concernant le traitement national | Engagements additionnels |
| Services de commerce de détail (sauf le tabac) | 1) Non consolidé, sauf pour la vente par correspondance 2) Néant 3) Les fournisseurs étrangers ne peuvent fournir des services que sous la forme de coentreprises et seulement dans les provinces de ... Les fournisseurs étrangers seront autorisés à faire le commerce de détail de tous les produits sauf les livres, journaux et magazines ... 4) Non consolidé, sauf comme indiqué sous "Engagements horizontaux" | 1) Non consolidé, sauf pour la vente par correspondance 2) Néant 3) Néant 4) Non consolidé, sauf comme indiqué sous "Engagements horizontaux" | Les entreprises à capitaux étrangers sont autorisées à distribuer leurs produits fabriqués dans ... et à fournir des services subordonnés tels que ceux définis dans l'annexe ... |




slide 45

Voici la structure des différents engagements pris et des différentes catégories prises pour le Mode 4 en 2002, c'est à dire sur la base des listes issues de l'Uruguay Round et des négociations complémentaires sur les transports maritimes, les services financiers, les Télécoms et les mouvements de personnes physiques. Le transfert intra entreprise est très important (42 % des engagements). Ensuite, nous avons les cadres, dirigeants, spécialistes (28 %), les voyageurs d'affaires, les sous-traitants (en termes corrects, ce serait les fournisseurs contractuels des services) et puis les catégories résiduelles: 4 %.

Ceci étant, cela constitue un pourcentage par rapport à une masse en valeur absolue. Les pays en voie de développement considèrent que les engagements qui ont été pris au titre de ce mode 4 sont très insuffisants, et c'est clairement l'un des grands sujets de négociations du Cycle à venir.

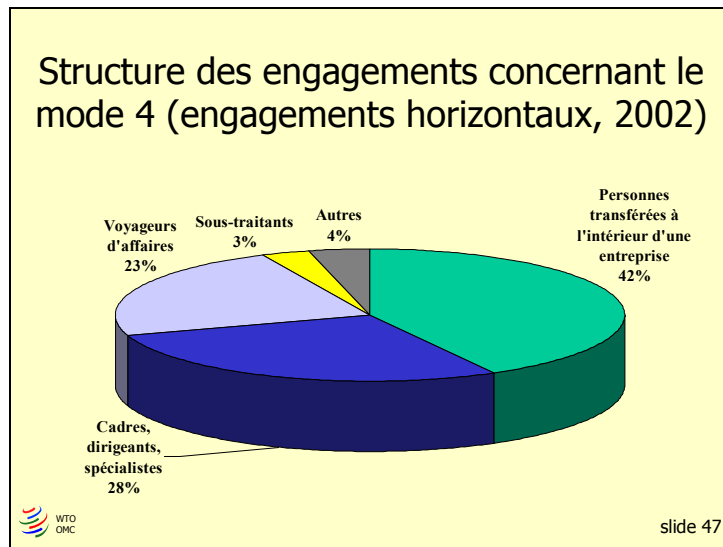
Inscription d'engagements concernant le mode 4

- Les engagements sectoriels se réfèrent généralement à des engagements horizontaux
 - "Non consolidé, sauf comme indiqué dans la section horizontale de la liste"
- Engagements horizontaux sous la forme d'"engagements"
 - indiquant des catégories de personnes physiques;
 - durée du séjour temporaire

slide 46

Voici typiquement une entrée pour le Mode 4. Vous voyez que c'est essentiellement une entrée "accès aux marchés" parce que ça a trait dans une large mesure au nombre de personnes que l'on peut employer. Vous avez ici 3 types de personnels différents: les vendeurs de services, "les business visitors" (les visiteurs d'affaires), le transfert intra entreprise, et puis, vous le voyez ici, les personnels affectés à l'établissement.

... Je ne sais pas de quelle liste cela est tiré!



La première chose que je souhaiterais dire sur les exemptions au traitement NPF, c'est que ça n'a d'intérêt, pour l'instant, que "historique". L'intérêt est historique car, en-dehors des pays en accession d'une part, et des transports maritimes d'autre part, vous n'avez plus la possibilité de prendre des exemptions NPF, c'est-à-dire de traiter un étranger mieux ou moins bien qu'un autre étranger. Ce n'est pas tout à fait historique en ce sens que, dans le cadre du prochain Cycle, vous serez amenés à négocier à la baisse les listes d'exemptions NPF que vous avez déposées, si vous en avez déposé dans le passé. En ce moment, il y a quelque chose comme 650 exemptions NPF, lesquelles sont censées être négociées à la baisse, c'est-à-dire soit réduites, soit éliminées dans le cadre des listes.

Alors, à quoi servaient – encore une fois, il faut utiliser le passé – les exemptions NPF? Essentiellement à 3 choses:

D'abord, il y a des accords bilatéraux ou même régionaux qui concernent le commerce des services, mais d'une manière sectorielle. Et ces accords ne bénéficient pas – on le voit ici dans le troisième tiret – de l'exemption qu'accorde l'Article V du GATT. Ce dernier est l'équivalent du fameux Article XXIV du GATT, et c'est une exception pour les accords d'intégration économique régionale. C'est-à-dire que l'on autorise les États à libéraliser entre eux plus qu'ils ne le font vis-à-vis de l'extérieur, ce qui en soi devrait être une violation de la NPF, mais c'est une violation admise car l'on considère que c'est un approfondissement de la libéralisation qui en quelque sorte, pave la voie à une libéralisation générale. Tout cela a été pensé au départ largement en fonction de l'exception communautaire, de la Communauté Européenne, puisque clairement, dans la Communauté Européenne, il y a une libéralisation complète des services, une libéralisation du sommet vers le bas (une libéralisation "top-down", donc l'inverse de la libéralisation OMC) et cette exception a été bénie par l'Article XXIV puis par l'Article V, et cette séquence de libéralisation approfondie est vraie. On constate en fait que chaque fois que la Communauté libéralise en interne, en intra communautaire comme elle l'a fait pour les Télécoms, comme elle est en train de le faire pour l'énergie, cela se traduit, quelques années plus tard, voire moins d'une année plus tard, par des engagements de la Communauté Européenne à l'OMC et comme la Communauté Européenne représente quand même 49 % des services, ça pèse quand même assez lourd dans la négociation.

Seulement, pour bénéficier de cette exemption au titre de l'Article V, il faut que l'accord couvre une part substantielle du commerce des services. On ne sait pas très bien ce qu'est une part substantielle du commerce des services, mais c'est vraisemblablement au moins 8, 9, 10, 11 ou 12 secteurs de services. Il est clair qu'un accord sectoriel qui ne concerne que les banques par exemple, ou que les transports maritimes, ne remplit pas ces conditions. Donc, ce type d'accord purement sectoriel par lequel vous libéralisez votre droit doit faire l'objet d'une exemption NPF lorsque il ne couvre qu'un ou une minorité des 12 secteurs.

Il y a également des accords par lesquels des préférences sont données à tel ou tel partenaire et il y a également des lois nationales qui sont des lois de réciprocité. Je m'explique avec un exemple: jusqu'en 1996, la Communauté Européenne avait quelque chose qui s'appelait "la seconde directive bancaire". En clair, si un pays n'autorise pas une banque de la Communauté

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

Européenne à s'installer chez lui, moi, Communauté Européenne, je n'autoriserai pas ce pays à installer des banques chez moi. Voici donc ce qu'est la réciprocité: tu ne me donnes pas, je ne te donne pas!

Ceci aussi est contraire au principe de la NPF. Admettons qu'un pays A, l'Indonésie par exemple, n'accorde pas aux banques communautaires de s'installer sur le territoire de l'Indonésie. De ce fait, l'Indonésie n'a pas accès pour ses banques, à Francfort, à Paris ou à Londres.

D'un autre côté, les Américains, pays B, autorisent les banques communautaires à s'installer à New York, en Californie, et ailleurs. Du coup, les Américains sont mieux traités que les Indonésiens – pour de bonnes raisons – mais il sont quand même mieux traités; et en tout cas, les Indonésiens sont moins bien traités que les Américains. Mais ceci est incompatible avec le principe de la NPF puisque la NPF souhaite que l'on traite tout le monde de la même façon.

Il est possible de garder ce type de dispositif de réciprocité, à condition de ne pas prendre d'engagements parce que dès lors que l'on prend un engagement, l'engagement est pour tout le monde!... quelle que soit la façon dont ont agit quelques-uns des Membres. C'est ce que l'on appelle la problématique du "free rider", du "resquilleur" (on ne peut pas traduire ça par "cavalier libre"). Ce qui revient à dire que si l'on prend un engagement, c'est pour tout le monde; il y a cependant des petits malins, qui, eux, ne prendront pas d'engagements et qui bénéficieront automatiquement de ces engagements. Ceci explique aussi certains blocages, par exemple, dans la négociation "Services financiers", les Américains, alors qu'elle devait se terminer en juillet 95, ont refusé au tout dernier moment, de prendre de engagements parce qu'ils n'étaient pas satisfaits des engagements – plutôt des absences d'engagements – des Japonais sur l'assurance vie et les fonds de pension et des malais qui souhaitaient forcer des compagnies d'assurances à désinvestir. Par conséquent, les Américains se sont retirés de l'Accord. Un Accord provisoire a donc été mis en place, pendant 18 mois. Pendant ce temps, les Malais et les Japonais ont fait quelques concessions qui ont permis de ramener les Américains à la table.


Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

Diapositive 48

Engagements horizontaux typiques pour le mode 4

Modes de fourniture: 1) Fourniture transfrontalière 2) Consommation à l'étranger 3) Présence commerciale 4) Présence de personnes physiques

| Secteur ou sous-secteur | Limitations concernant l'accès aux marchés | Limitations concernant le traitement national | Engagements additionnels |
|--|---|---|--------------------------|
| I. Engagements horizontaux | | | |
| TOUTS LES SECTEURS INCLUS DANS LA PRÉSENCE PHYSIQUE | 4) Non consolidé, sauf pour la présence temporaire d'une durée maximale de trois des catégories de personnes suivantes: A <u>Vendeurs de services</u> ... B <u>Personnes transférées à l'intérieur d'une entreprise</u> ... Cadres ... Dirigeants ... Spécialistes ... Professionnels ... C <u>Personnel affecté à l'établissement</u> ... | 4) Non consolidé, sauf pour les mesures concernant les catégories de personnes physiques mentionnées dans la colonne relative à l'accès aux marchés | |



slide 48

Une chose qui est importante, c'est que, comme je vous le disais, un engagement spécifique est valable pour tous les Membres et il ne définit que des conditions minimales. Ce qui signifie que ce qui est dans l'engagement est le minimum valable pour tout le monde. Il est possible de traiter certains mieux que d'autres. Le préférentiel est toujours possible pour autant qu'il y ait une exemption NPF. Je prends un exemple: la Thaïlande et les États-Unis. Dans la plupart des secteurs, la Thaïlande a listé une limitation de capital étranger de 49 %. Puis, elle a pris une exemption NPF, unilatérale, pour couvrir des dispositions internes (ou un traité) qui accorde 100 % d'investissements étrangers aux États-Unis. Ceci est légal dans la mesure où le 49 % est le minimum pour tout le monde, les États-Unis en bénéficient aussi et eux-mêmes ont un traitement préférentiel.

En revanche, ce qui n'est pas possible, c'est de continuer à imposer la réciprocité en disant que, dans le cadre de la Communauté Européenne, j'autorise les banques à s'établir en mode 3, excepté les banques indonésiennes. Mais ceci n'est pas envisageable car, encore une fois, ce qui est dans la liste est pour tout le monde. Rappelons qu'en 1996, la Communauté Européenne a dû abandonner cette deuxième directive bancaire puisqu'elle a fait des engagements sur les autorisations des banques.

Exemptions du traitement NPF

- Pertinentes pour:
 - Les accords bilatéraux portant sur le commerce des services
 - Les lois nationales exigeant un traitement réciproque ou accordant des préférences spéciales
 - Les accords économiques régionaux ou autre qui ne répondent pas aux critères de l'article V de l'AGCS, c'est-à-dire par exemple qui ne couvrent pas tous les secteurs, qui couvrent un seul mode de fourniture ou qui ne visent pas à une libéralisation complète au sein du groupement

slide 49

Ce petit tableau, cette petite matrice, clarifieront peut-être un peu mieux ces obligations, qui, je dois le reconnaître, sont une des complexités, une des difficultés essentielles du GATS.

C'est donc une matrice assez simple. On envisage finalement 4 cas de figures: le cas où il y a un engagement et le cas où il n'y a pas d'engagement; le cas où le traitement envisagé est un NPF+ (c'est-à-dire je traite un voisin mieux que les autres); et le cas NPF- - (je traite quelqu'un moins bien que les autres). Ce sont 2 cas effectivement "Non NPF".

Quand il y a des engagements, comme je vous le disais, il est toujours possible de prendre une exemption NPF à condition évidemment d'avoir pris cette exemption NPF. Donc, on peut toujours traiter quelqu'un mieux que les autres.

Quand il n'y a pas d'engagements, c'est à fortiori vrai. Le préférentiel est toujours possible, mais là encore, à condition de prendre une exemption NPF.

En revanche, lorsqu'il s'agit de traiter quelqu'un plus mal, on ne peut le faire que si l'on n'a pas d'engagement. C'est-à-dire cette matrice, au fond, en bas, à droite.

En revanche, quand il y a un engagement, il est interdit de discriminer, et donc la disposition de réciprocité saute.

En d'autres termes, si vous avez des engagements et en dessous, une dérogation NPF par réciprocité, c'est plutôt l'engagement qui l'emportera sur la dérogation NPF de réciprocité; mais comme je vous le disais, tout cela est largement historique et le seul secteur où il est encore permis de prendre des exemptions NPF, ce sont les transports maritimes car le principe NPF a été suspendu à la suite des échecs successifs des négociations en 1993 et en 1996 et sinon l'autre cas, ce sont les pays en accession qui ont le droit, dès leur entrée, de négocier des exemptions NPF. Notez par exemple, en ce moment, dans le cadre du groupe d'accession de la Russie, il y a des négociations extrêmement lourdes et extrêmement dures de la part de la Russie pour essayer d'obtenir des exemptions NPF.

Rapports entre les exemptions du traitement NPF et les engagements:

Les engagements spécifiques garantissent les conditions minimales dues à tous les Membres

- Possible: traitement de certains partenaires commerciaux plus généreux que celui prévu au titre des limitations inscrites
- Inacceptable: conditions de réciprocité et autres dispositions discriminatoires qui réduiraient la portée d'un engagement
- Condition préalable: une exemption du traitement NPF correctement définie



slide 50

Voici quelques exemples d'exemptions NPF, ici par exemple, une préférence sur la participation à l'étranger, c'est assez proche de l'exemple thaïlandais que je vous donnais tout à l'heure. Le deuxième qui est un grand classique, c'est les accords bilatéraux de transport routier. On trouve ceci également en maritime. C'est un partage 50/50 ou 40/40/20 entre les deux pavillons, entre les camions, les bateaux de chacune des parties. C'est un cas assez intéressant parce qu'il est mixte. C'est à la fois NPF+ et NPF-. C'est préférentiel pour votre partenaire (pour le pays B) et c'est exclusif, ça exclut tous les autres (C, D, E, F, G). C'est donc à la fois NPF+ pour l'un et NPF- pour tous les autres. Dans ce cas-là, c'est la NPF- qui l'emporte. C'est-à-dire que vous ne pouvez avoir ce type de répartition de cargaison: le "cargo sharing" ou "partage de cargaison" que si vous n'avez pas d'engagements en ce qui concerne le transport routier international en Mode 1, et même chose pour le transport maritime.


Autre exemple: un cas où il y a un engagement inscrit. Les engagements relatifs au secteur ne desservent aucune indication concernant des restrictions à la présence commerciale et vous avez une exemption NPF qui dit que tout cela est fondé sur la réciprocité. Il s'avère que cette exemption NPF est illégale dans la mesure où tout le monde doit bénéficier de l'accès qui est inscrit dans la liste.

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

Diapositive 51

| Rapports entre les obligations NPF et les engagements spécifiques dans les différents secteurs | | |
|--|--|---------------------------------------|
| Traitement envisagé | Engagement spécifique? | |
| | Oui | Non |
| NPF + (préférentiel) | Exemption du traitement NPF possible* | Exemption du traitement NPF possible* |
| NPF - (réciprocité) | Exemption du traitement NPF impossible | Exemption du traitement NPF possible* |

* A demander à la date d'entrée en vigueur de l'AGCS ou au titre de l'article IX:3 de l'Accord sur l'OMC.

 slide 51

Quelques mots sur les rapports entre les modes de fourniture. Les engagements ne s'appliquent qu'au mode de fourniture pour lequel ils sont pris. Donc, s'il y a un "Néant" dans un mode et un "Non consolidé" dans un autre, il n'y a d'engagement que sur le mode dans lequel il y a "Néant".

Cela posé, comme on l'a déjà vu peut-être ou que l'on va le revoir, la distinction entre les modes n'est pas toujours parfaite. Je vous donne 3 exemples de cela:

D'abord entre le mode 1 et le mode 2. Ensuite entre le mode 3 et le mode 4.

Entre le mode 1 et le mode 2, prenez par exemple la commande de livres par Internet. Vous êtes en Côte d'Ivoire ou en Tunisie et vous avez besoin d'un livre d'informatique qui n'existe qu'aux États-Unis. Vous allez sur Internet et vous commandez sur *amazon.com.livres*. Question: s'agit-il de distribution de livres en transfrontière par Amazon? mode 1; ou s'agit-il de distribution à l'étranger de livres par vous? mode 2.

Et c'est une question qui n'est pas innocente parce que le plus souvent, les restrictions sont les suivantes: vous aurez du "Non consolidé" en mode 1 et du "Néant" en mode 2. Simplement à l'époque – en 1990-1993, date à laquelle l'Accord a été fabriqué, le mode 2 paraissait quelque chose de beaucoup plus abstrait, en fait le mode 2 n'avait du sens, essentiellement, que pour le tourisme, la réparation navale, ce type de choses, mais on imaginait très mal la fourniture électronique de services. Avec l'arrivée d'Internet, ou en tout cas, du commerce électronique, les choses ont changé. Très souvent, les entrées ne sont pas les mêmes en mode 1 et en mode 2, alors que maintenant, on ne sait pas aujourd'hui si les prestations sur Internet sont mode 1 ou mode 2! De cela d'ailleurs, il faut que vous en tiriez une leçon: autant que possible, dans vos nouveaux engagements, essayez d'avoir des engagements cohérents entre le mode 1 et le mode 2: ça peut être 1"Non Consolidé"/2"Non consolidé" ou 1"Néant"/2"Néant" ou 1"Restriction"/2"Restriction"; mais il faut éviter les contradictions entre les deux car on ignore encore une fois où va tomber in fine le commerce électronique... s'il tombe un jour quelque part!

Le deuxième exemple de confusion possible entre les modes, c'est entre les modes 3 et 4. Le mode 4, c'est à propos du mouvement temporaire de personnes physiques. Le mode 3, c'est à propos de toutes formes d'établissements commerciaux. Vous voyez qu'il y a une toute petite zone grise: c'est lorsqu'une personne physique loue un local, puis pose une plaque – ceci commence à ressembler sérieusement à une forme d'établissement commercial.

Donc, lorsque vous souhaitez prendre un engagement dans un secteur donné, ou quand d'une manière offensive, vous souhaitez qu'un autre État prenne un engagement dans un secteur donné, vous devez analyser concrètement comment le service est rendu, dans quel mode il est rendu; et si vous êtes en position offensive, vous devez demander tous les modes dans lesquels ce service est susceptible d'avoir été rendu: je ne sais pas si vous pensez à des masseurs, des kinésithérapeutes, des médecins, peut-être est-il sage de demander à la fois mode 3 et mode 4...

Si en revanche, vous êtes en position défensive, vous avez tout intérêt à limiter à un seul mode évidemment, de façon à ne pas avoir d'engagements autant qu'on le voudrait.

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS


Donc, il faut toujours évaluer concrètement pour le secteur donné, quel sont les modes les plus pertinents, et s'il y en a plusieurs, il faut mettre ces modes en conformité.

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

Diapositive 52

Comment fonctionne une exemption du traitement NPF ...

| Type d'exemption | Engagement inscrit | Résultat |
|--|--|---|
| Préférences concernant la participation étrangère au capital dans les services de distribution au détail | <i>Participation étrangère limitée à 49 pour cent</i> | <i>Tous les fournisseurs ont droit aux 49 pour cent. L'exemption permet seulement d'accorder plus de 49 pour cent à certains pays</i> |
| Accords bilatéraux portant sur le transport routier | <i>Aucun engagement inscrit concernant le transport routier</i> | <i>Toute préférence ou discrimination est admise</i> |
| Présence commerciale de cabinets comptables étrangers fondée sur la réciprocité | <i>Les engagements relatifs à la comptabilité n'indiquent aucune limitation concernant la présence commerciale</i> | <i>L'exemption est calquée, car tous les Membres doivent bénéficier de l'accès inscrit sur la liste</i> |

slide 52

Passons maintenant à la dernière colonne – que nous avons évitée jusqu'ici – pour voir ce que l'on appelle: "les engagements additionnels", lesquels sont, en quelque sorte, une catégorie résiduelle qui avait été imaginée par les Membres pour tenir compte du fait que l'on ne pouvait pas imaginer déjà, en 1993, tout ce que les fonctionnaires pouvaient eux-mêmes imaginer pour empêcher les prestataires de services d'opérer. Donc dans leur sagesse, les négociateurs ont pensé qu'il était préférable de réserver une marge. Les seules choses que l'on sache sur les engagements additionnels (l'Article XVIII n'est pas très disert), c'est que d'une part, ce sont des mesures qui ne relèvent pas des Articles XVI ou XVII. Donc, si quelque chose tombe dans les 6 catégories de l'accès aux marchés ou si quelque chose a un effet privilégiant un national par rapport à un étranger, ça ne doit pas être des engagements additionnels; un engagement additionnel, c'est autre chose.

Et ensuite, l'Article XVIII donne des exemples de ce que peuvent être ces "autres choses". Ça peut concerner les qualifications, les normes, les licences, les règles de concurrence, etc. Et la dernière chose que l'on sait également, c'est que ces engagements additionnels peuvent être formulés d'une manière positive, mais c'est une espèce de "petit cadeau" que l'on fait en plus, une petite "cerise sur le gâteau".

Maintenant, si vous vous intéressez plus spécialement aux engagements additionnels, vous pouvez voir un document qui a été fabriqué l'an dernier: S/CSC/W/34 qui est une analyse des différents types d'engagements additionnels pris jusqu'ici.

Rapports entre les modes de fourniture

- Les engagements s'appliquent au mode de fourniture pour lequel ils sont pris
 - Les engagements concernant le mode 4 sont souvent reliés directement seulement aux engagements concernant le mode 3
- Recommandation: lors de l'établissement des demandes et des offres, évaluer les liens entre modes pour une fourniture efficace des services



slide 53

Comme je vous le disais, la liste des engagements possibles n'est pas limitative. Comme nous l'avons vu précédemment sur les licences, les normes, les qualifications, ça n'épuise pas le champ potentiel des engagements additionnels, lesquels peuvent représenter beaucoup de choses, comme par exemple, des promesses de libéralisation: Lorsqu'un pays annonce que son Parlement va réexaminer la loi sur les Télécoms dans 5 ans, il n'est pas sûr que le Parlement s'exécutera pour autant, mais il y a quand même une clause de rendez-vous, et dans ce cas-là, il est précisé: "mon Parlement réexaminera la loi sur les Télécoms dans 5 ans", ce qui permet ainsi aux Membres de s'intéresser au sort du pays dans le délai imparti.

En revanche, si la loi prévoit la libéralisation dans 5 ans, ça devient alors quelque chose qui est plutôt en "accès aux marchés", "suppression du monopole". Par exemple, ici, en 2008, ça apparaîtra à ce moment-là en mode 1 et en mode 3 en accès aux marchés, en Télécoms. Mais c'est une simple promesse de revisiter la législation finale sans engagement final sur le résultat de cette révision, on se mettra en engagement additionnel.

Deuxième exemple: "l'accès et l'usage des infrastructures portuaires"; voici un cas particulier en transports maritimes. Le sujet, par exemple, n'est pas de libéraliser les services portuaires tels que le pilotage, l'amarrage, le ramassage, etc., ni d'ouvrir un monopole public des opérateurs nationaux privés ou des opérateurs étrangers privés (peu nous importe de savoir quels sont ceux qui rendent les services); ce que l'on souhaite en fait, c'est que l'armateur, le transporteur maritime en tant que client ne soit pas discriminé. Peu importe qui rend les services, mais simplement le prestataire de services quel qu'il soit doit assurer des conditions équitables et non discriminatoires, des conditions raisonnables pour l'accès à ces services. Autrement dit en clair, ceci signifie qu'aucun bateau ne peut sauter son tour dans la queue – et ce n'est pas un engagement négligeable car il faut savoir qu'un bateau qui reste une journée à attendre à l'entrée d'un port perd entre 5 000 et 20 000 dollars - selon le type de bateau – puisqu'il y a ce qu'on appelle "le running cost", le coût opérationnel du bateau – et donc la certitude que quelqu'un ne lui passera pas devant pour le motif qu'il a le bon pavillon. Pour les armateurs, ça n'a pas de prix, surtout en cette période de congestion portuaire.

Le troisième exemple qui est le plus connu, c'est le document de référence des télécommunications. Quel était le problème? Le plus souvent, la libéralisation en particulier des télécommunications mobiles, mais aussi des télécommunications fixes, passe par l'accès aux réseaux de l'ancien monopole historique, lequel loue son réseau à de nouveaux opérateurs. Naturellement, le monopole est un ancien monopole (situation difficilement acceptable). Il y a donc ce goulet d'étranglement du réseau et il pourrait en profiter pour "racketter" les nouveaux opérateurs, leur imposer des conditions discriminatoires, avantager l'un par rapport à l'autre, ou les étrangler au passage!

Contre cela, les législations internes qui ont libéralisé les Télécoms ont souvent prévu des disciplines particulières sur l'interconnexion – la possibilité pour les nouveaux opérateurs de se brancher sur le réseau – mais aussi sur l'attribution de certaines ressources rares comme les fréquences, la numérotation (lorsque vous utilisez un autre opérateur de mobiles, il faut un numéro simple; il n'y a malheureusement que 10 numéros à 1 chiffre sur lesquels on procède à un tirage au sort), et les servitudes: la possibilité de creuser le sol pour faire passer des lignes ou de poser des antennes sur les toits.

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

Pour toutes ces choses qui sont essentielles à la libéralisation des Télécoms et qui clairement, ne sont ni de l'accès aux marchés, ni du traitement national, on a collectivement négocié ce que l'on appelle "*un document de référence*" que les Membres sont libres de reprendre à leur compte, en entier ou partiellement.

C'est ce qu'exprime ici le deuxième point de cette diapositive, c'est à dire que dans certains cas les Membres collectivement décident que pour un secteur particulier, il y a un problème particulier et qu'il faut le régler d'une façon ou d'une autre, par exemple par le biais d'engagements additionnels. C'est ce qu'on a fait, en transports maritimes pour l'accès et l'usage des infrastructures portuaires et en télécommunication pour l'interconnexion.

Il y a beaucoup de services collectifs ou de services en réseau comme la distribution d'eau, le ramassage des ordures ménagères, la distribution d'électricité, les pipe-lines, les chemins de fer, pour lesquels le document de référence pourrait servir d'exemple pour définir ces disciplines d'accès des tierces parties au réseau ("Third party access" en Anglais) et c'est une des pistes qui ont été évoquées dans les différentes propositions de négociations. Il semble bien malheureusement que, pour ce Cycle-ci, cela ne verra pas le jour, sauf peut-être en énergie, mais clairement il y a une piste et les engagements additionnels sont destinés probablement à s'amplifier.

Rôle des engagements additionnels (article XVIII)

Inscription de mesures qui ne relèvent pas des articles XVI ou XVII. Ces mesures peuvent concerner les qualifications, les normes, les licences, les règles de concurrence, etc.

Voir aussi S/CSC/W/34



slide 54

Vous vous souvenez certainement de ce graphique vu précédemment dans lequel il y avait cette catégorie "G Autres", et où il y avait quelque chose comme 2 000 soi-disant "restrictions" qui n'avaient rien à faire là. Ceci est assez classique, et résulte de l'approche "ceinture-bretelles" des négociateurs qui consiste à dire: "dans le doute, je liste". Pas mal, mais au fond de soi, ce n'est pas contestable! Mais il faut faire attention, car à partir du moment où vous listez, vous créez une espèce de suspicion et ça peut toujours se retourner un jour contre vous. Il y a un certain nombre de choses que vous n'avez pas besoin de lister. D'abord l'[Article V "l'Intégration économique"](#), je vous ai expliqué tout à l'heure de quoi il s'agissait: à partir du moment où vous avez un accord soit bilatéral soit plurilatéral dans lequel vous libérez entre vous le commerce des services plus avant que vous ne le faites à l'OMC, dès lors que vous remplissez les conditions de l'Article V, vous n'avez pas à le lister.

Revoyons les conditions de l'Article V (il y en a 3 ou 4): La première condition, c'est de couvrir un nombre substantiel de secteurs du commerce des services, un nombre substantiel de secteurs sans exclusion à priori d'un mode de livraison – je pense en particulier au Mode 4, bien entendu – ensuite il doit prévoir l'abolition dans un délai raisonnable des restrictions "inter" ou au moins la prohibition de nouvelles restrictions. On voit que c'est un Accord qui, au niveau des conditions, est relativement laxiste. En effet, demander l'abolition des restrictions au commerce des services entre deux Membres, c'est déjà beaucoup! En revanche, simplement demander la prohibition des nouvelles restrictions, ce n'est pas grand-chose! De surcroît, il y a des conditions plus laxistes, plus souples, pour les Accords entre pays développés et pays en voie de développement ou les Accords entre pays en voie de développement. En pratique, la véritable barrière pour vraiment remplir les conditions de l'Article V, c'est la couverture substantielle des services; et ça peut être une couverture "ombrelle" ou "parapluie". C'est-à-dire que si vous avez un accord très général comme pouvait l'être le Traité de Rome en 1958, stipulant qu'à terme, il y aurait une liberté de prestations des services – même si en pratique cette liberté a mis 40 ans pour rentrer dans les faits – cet accord en soi n'est pas contraire à l'Article V, c'est un peu l'approche qu'a subie le Mercosur.


Deuxième Article intéressant: [l'Article VII sur la reconnaissance](#). L'idée, c'est qu'en matière de qualification, de diplôme et d'expérience, on ne peut pas exiger la NPF puisque tous les diplômes ne sont pas équivalents, et donc, il y a une exception inscrite dans l'accord, à la fois dans la clause de la NPF mais aussi aux engagements. En d'autres termes, il y a des mesures qui n'ont pas besoin d'être listées (par exemple, l'Angleterre reconnaît la qualification des comptables australiens). Elles ont besoin d'être notifiées dans certains cas, mais encore une fois, elles n'ont pas besoin d'être listées comme des restrictions car ce n'est pas juridiquement des restrictions au sens de l'article XVI ou de l'Article XVII. Les dispositions qui sont prévues en matière de reconnaissance, c'est que si l'Angleterre reconnaît à l'Australie la qualification de ses comptables, que l'Inde l'apprend et qu'elle a des raisons de penser que ses qualifications sont également en pays issu du Commonwealth, que ses comptables pourraient être reconnus dans les mêmes conditions que les Australiens, l'Angleterre doit offrir à l'Inde la possibilité d'ouvrir des négociations sur les mêmes sujets, mais l'Angleterre n'est pas obligée de conclure. Il s'agit tout simplement une obligation de moyens.

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

La deuxième chose, c'est lorsqu'il n'y a pas eu de reconnaissance générale des qualifications ou des diplômes et de l'expérience d'un pays donné, lorsque l'on impose un test aux étrangers, ce test doit être le même pour tous les étrangers. Il ne peut pas y avoir un test pour les Américains, et un autre test pour les Indiens. Mais encore une fois, tout ceci constitue des disciplines propres, à part, régies par l'Article VII, ce n'est pas régi par l'Article XVI ou XVII, et ça ne soit pas être listé, ni dans les engagements, ni au titre de la NPF.

Engagements additionnels

- La définition des engagements possibles n'est pas limitative
- Ils peuvent être uniques à un Membre, ou des Membres peuvent convenir d'un ensemble commun d'engagements additionnels
- Le document de référence sur les télécommunications est le premier exemple de négociation plurilatérale d'un tel ensemble commun d'engagements

slide 55

Symétriquement, je dois dire, tout ce qui tombe dans le champ de l'Article XVI ou dans le champ de l'Article XVII doit être listé. Si vous ne listez pas, c'est à vos risques et périls, et ça signifie que "ça tombe". Encore une fois, toute restriction non listée "tombe". Un "blanc" équivaut à un "Néant". En revanche, un certain nombre de dispositions n'ont pas à être listées: L'Article VI est la réglementation intérieure. Le grand défi des rédacteurs du GATS à l'époque, entre 1986 et 1990, a été d'établir un équilibre entre, d'un côté la nécessité de permettre le commerce des services et de l'autre, la nécessité de permettre aux régulateurs de réglementer les activités de services, car encore une fois, les activités de service sont très étroitement réglementées, et pour de bonne raisons. Il est normal que l'on ne laisse pas n'importe qui établir une banque, se prétendre opérateur de télécommunication, se prétendre médecin, comptable, architecte, avocat. Il y a donc toute une série de réglementations qui concernent les qualifications, les normes, la respectabilité financière, les études, toute une série de choses gigantesques, qui finalement, n'ont rien à voir avec le commerce, mais qui dans certains cas peuvent être utilisées de manière à altérer le commerce. Comment les négociateurs du GATS ont-ils géré la situation? En s'appuyant sur l'Article VI qui réaffirme le droit à la réglementation intérieure et qui prévoit que là où il y a des engagements, la réglementation intérieure ne doit pas être plus lourde que nécessaire, qu'elle doit être administrée d'une manière équitable et non discriminatoire, et que, pour ce qui concerne les licences et qualifications, elle ne doit pas constituer en soi un obstacle au commerce des services. Il est prévu d'avoir des discussions pour donner une signification de ces principes généraux. Ces discussions ont eu lieu dans un premier temps sur les services comptables, ont abouti à des disciplines sur les services comptables qui rentreront en vigueur à la fin de ce Cycle, et elles sont maintenant devenues plus générales; et c'est ce que l'on appelle le "Groupe de travail sur la réglementation domestique".

Ce qu'il faut retenir, c'est que dans le principe en tout cas, l'Article VI et les Articles XVI et XVII sont mutuellement exclusifs. Quand un ministre technique vient vous voir avec une mesure, vous devez deviner si cette mesure tombe dans le champ de l'Article VI ou dans le champ des Articles XVI et XVII. Pour ce faire, le test consiste à savoir s'il s'agit de l'une des 6 mesures de l'Article XVI; si ce n'est pas le cas, il reste à savoir, cette fois, si cette mesure a pour effet d'avantager un national par rapport à un étranger. Si cette mesure ne répond à aucune de ces situations, c'est qu'elle relève vraisemblablement de l'Article VI.

Tout à l'heure, lorsque vous ferez le "Quiz", vous trouverez des exemples de telles réglementations qui vous permettront d'appliquer concrètement ce que nous avons abordé.

Deuxième série de mesures qui n'ont pas à être listées: celles qui relèvent de l'Article XII, relatif à la balance des paiements. Le fait de prendre un engagement signifie que vous autorisez les transactions courantes et les transactions en capital. En clair, si vous prenez un engagement sur les transports maritimes, votre banque centrale ne peut pas empêcher le rapatriement des bénéfiques, le rapatriement des surestaries, le rapatriement des intérêts de retard pour location des containers, et ce genre de choses. On ne peut pas non plus empêcher les mouvements de capitaux nécessaires par exemple, à la formation du capital de la société sur place. Évidemment, tout ceci peut rentrer en conflit avec le contrôle des changes. De deux choses l'une: ou le FMI a autorisé ces restrictions d'échanges, auquel cas il n'y a pas de problème car il y a une disposition dans le GATS qui dit

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

qu'une autorisation du FMI l'emporte sur les engagements, ou le FMI n'a pas autorisé. Si le FMI n'a pas autorisé, les restrictions sont illégales et ça ne sert à rien de les lister. Donc toutes les mesures au titre de la balance des paiements n'ont pas à être listées car soit elles sont autorisées par le FMI et elles sont légales, ou bien elles ne le sont pas et elles sont illégales, et rien ne sert de les lister.

La troisième série de mesures qui n'ont pas à être listée, ce sont les mesures prises au titre de l'Article XIV, les exceptions au GATS. L'article d'exception du GATS est quelque chose qui intéresse beaucoup tous les négociateurs car c'est un moyen d'échapper à ces obligations. Cet Article précise: "*Nonobstant toutes les dispositions de cet Accord (nonobstant par exemple les Articles XVI et XVII, nonobstant les engagements), les États pourront prendre toute mesure*" visant à protéger par exemple la moralité publique, la santé publique, la santé des personnes, des biens et des animaux, la régularité des contrats, la confidentialité des données, etc.", bref les objectifs de santé, de moralité publique, des objectifs légitimes".

Mais attention, on ne peut pas faire n'importe quoi! Il y a ce que l'on appelle "un test de nécessité": le chapeau, dans les 3 ou 4 lignes qui précède, qui dit que l'on doit proportionner la mesure. C'est-à-dire que la mesure d'exception qui viole les engagements doit être la mesure la plus légère possible pour atteindre le but que l'on se propose de poursuivre. Il y a toute une jurisprudence non pas sur le GATS, mais sur le GATT sur ce qui est une mesure proportionnée car naturellement, chaque fois que les Membres ont violé leurs engagements au titre du GATT, ils ont souligné qu'ils avaient le droit d'utiliser l'exception de l'Article XX; et en définitive, le panel a dit: "non!", et au fil du temps, la jurisprudence s'est considérablement durcie sur ce qui était une exception légitime. Malgré tout, il peut y avoir des cas où il y a effectivement des exceptions légitimes. Dans une telle situation, il est inutile de les lister. Il suffira de prendre la mesure et si la partie qui est victime de la mesure les conteste, à ce moment-là il faudra invoquer l'Article XIV et mentionner que c'est une exception légitime. Puis le panel tranchera si nécessaire.

Pour en revenir aux engagements horizontaux, les limitations qui concernent tous les secteurs peuvent être inscrites dans la section horizontale. Vous pouvez également les répéter à chaque fois, mais dès lors que vous avez des listes un peu volumineuses (sur une liste de 2 pages, ce n'est pas trop grave de répéter à chaque fois la restriction sur un bail emphytéotique ou sur une condition de résidence), mais dès lors que vous avez une offre qui couvre plus de 40 secteurs, c'est plus simple d'écrire tout cela sur 1 seule page, dans la section horizontale. Je rappelle encore une fois car on ne le dira jamais assez, qu'une mesure qui est contraire à la fois au XVI et au XVII doit être listée en XVI. Et la meilleure façon pour faire ceci, c'est tout simplement de savoir si, première éventualité, ça tombe dans cette catégorie, et automatiquement, vous le mettez dans l'accès aux marchés sans même vous poser la question du traitement national (le traitement national venant en deuxième position), ou deuxième éventualité: je donne un avantage à un national par rapport à un étranger, et si oui, à ce moment-là, je le liste en "traitement national".

Rapports entre les listes et les dispositions "admissibles"

× Les mesures prises dans le contexte de l'article V (Intégration économique) et de l'article VII (Reconnaissance) n'ont pas besoin d'être inscrites sur les listes en tant que limitations ...

× ... ni de l'être en tant qu'exemptions du traitement NPF

 slide 56

Voici quelques recommandations. Il ne faut pas mélanger les engagements horizontaux et les engagements sectoriels. Il ne faut jamais oublier qu'un engagement sectoriel est toujours à la lumière d'un engagement horizontal (donc un "Néant", c'est "Néant" + les éventuelles restrictions horizontales). Il faut *inscrire les limitations de façon aussi précise que possible* pour la raison suivante: il est toujours dangereux d'être flou! D'abord, le réflexe classique du Ministère classique quand il vient vous voir, c'est de dire: "Inscrivez la loi n° 890 du 5 novembre 1985"... et bien sûr, vous inscrivez! Là, c'est quelque chose qu'il ne faut pas faire pour la raison suivante: les pays tiers, les pays qui ont négocié, ne connaissent pas la loi n° 890 du 5 novembre 1985, surtout si votre langue n'est pas l'une des 3 langues de travail de l'OMC (le Français, l'Espagnol ou l'Anglais). Donc si vous êtes Népalais, personne ne connaît la loi n° 890 du 4 avril 1985 sur, par exemple, les cabinets médicaux; déjà, ce n'est pas clair et ça ne permet pas une bonne négociation.

En deuxième lieu, votre loi peut changer. Qu'est que cela peut bien signifier? Que l'engagement ne porte que sur la loi de 1985 ou qu'en pratique, votre nouvelle loi est inopérante? En terme de droit des traités, ça pourrait bien être le cas parce que l'engagement international antérieur l'emporte sur la loi nationale postérieure; et puis, ça n'a pas de sens car on ne sait toujours pas la différence entre la loi de 1985 et la loi de 1990. Également, il y a 3 hypothèses: la loi de 1990 est plus restrictive que la loi de 1985 (si vous avez listé la loi de 1985, vous n'avez pas le droit de revenir en arrière par la loi de 1990, donc, c'est illégal. La loi de 1990 est plus libérale que la loi de 1985. A ce moment-là, c'est de la libéralisation autonome que vous pourriez consolider. La loi de 1990 porte sur autre chose que la loi de 1985 (c'est encore une possibilité) ou encore une possibilité plus complexe, la loi de 1990 est par certains côtés plus libérale, et par d'autres moins libérale que la loi de 1985. Vous voyez que l'on se trouve dans des situations juridiques littéralement indémêlables. Donc, ce qu'il faut faire, c'est lister la restriction, la décrire; c'est-à-dire que si la loi n° 890 du 8 avril 1985 dit: "forme sociale autorisée: joint venture, et limitation à 49 %", il faut bien limiter à 49 % et joint venture; ce n'est pas compliqué, parce que les limitations à l'accès aux marchés ne sont pas structurellement très compliquées. Pour le traitement national, c'est un peu plus complexe.

Le deuxième point important déjà abordé il y a quelques instants, c'est le "test de besoins économiques".

Vous avez toujours intérêt à préciser les critères. Si vous ne les précisez pas, vous courez le risque que le panel dise que ça équivaut à un "Néant" (le critère n'étant pas précisé, il y a quand même une concession, et cette concession vaut délivrance ou octroi automatique de l'autorisation). Évidemment, tout dépendra des conditions d'espèces, mais ce risque est là, et ce risque n'est pas négligeable puisque, encore une fois, 90 Membres ont listé quelque chose comme 300 tests de besoins économiques qui, dans la majorité des cas, n'ont pas de critères.

Comme je vous l'ai montré précédemment avec cet exemple tiré de la liste canadienne sur les pompes à essence, on peut parfaitement lister des critères tout en conservant une réelle autonomie réglementaire. C'est juste un petit effort, il faut trouver 5 critères à inscrire dans une liste; il y a des exemples, et ainsi vous vous mettez en conformité avec l'OMC tout en préservant votre marge de manœuvre réglementaire. C'est un effort qui ne coûte pas cher et qui peut rapporter.

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

La troisième chose importante porte sur la première colonne: il s'agit de tout ce qui concerne *la couverture sectorielle*, absolument essentielle. La recommandation que nous faisons d'une manière générale, c'est d'utiliser autant que possible la CPC. Je dis cela avec nuance. La CPC n'est pas obligatoire. Simplement, la CPC est l'instrument le plus sophistiqué qui existe en matière de classification des services, et de très très loin! En effet, de toutes les classifications, aucune n'atteint le degré de détail et la précision de la CPC. Bien sûr, la CPC n'est pas absolument parfaite: nous avons des débats à n'en plus finir dans le comité des engagements spécifiques, sur les imperfections de la CPC et comment l'améliorer. Mais c'est de loin ce qu'il y a de mieux. Dans l'alternative, si vous ne souhaitez pas, bien sûr utiliser la CPC – c'est le cas dans certains secteurs, c'est aussi le cas de grands États comme par exemple les États-Unis – vous pouvez vous référer à votre propre législation. Dans ce cas-là, soyez extrêmement précis, car encore une fois, la première chose en cas de règlement des différends devant un panel, c'est de se poser la question s'il y a ou non un engagement. Pour ce faire, on ira voir les "contours" de ces engagements.

Laissez-moi vous donner un exemple de l'importance et du soin que l'on doit accorder à la classification. Il y a eu un règlement des différends dans une affaire qui a opposé le Canada d'un côté et la Communauté Européenne et le Japon de l'autre. Il s'agissait d'un avantage douanier accordé aux voitures américaines qui était répercuté jusqu'au stade de la distribution, et les voitures européennes et les voitures japonaises ne bénéficiaient pas de cet avantage. En termes de classification, la question qui se posait était de savoir si les Canadiens avaient ou non un engagement en matière de vente de détail et les Canadiens avaient inscrit un chiffre CPC qui était 61 111. Ils avaient écrit après: "vente de gros". Or, 61 111 dans la nomenclature du GATS, correspond à "vente de gros et de détail". Donc, les Canadiens, sans le faire exprès, simplement parce qu'ils s'étaient trompés d'un chiffre, avaient pris également un engagement sur les ventes de détail, et ils ont donc perdu dans ce cas particulier. Tout cela peut se jouer à 1 tout petit chiffre. C'est extrêmement important de regarder très précisément ce sur quoi on prend des engagements. Bien sûr, quelquefois, la définition de la CPC peut ne pas vous plaire. Quelquefois, votre propre définition est différente de celle de la CPC.

Prenons un autre exemple: aux États-Unis, la radio-diffusion (broadcasting) relève des "Telecommunication Act" et est administrée par la "Federal Communications Commission" (FCC). Elle ne relève donc pas de l'audiovisuel au sens de la classification W/120 (dans la W/120, dans le secte 2, il y a une sous rubrique "radio-diffusion" (broadcasting). C'est important, car à la fin de la négociation des télécommunications, les Américains ont pris une exemption NPF qui avait trait à la radio-diffusion par satellite. La Communauté Européenne leur a dit qu'ils n'avaient pas le droit d'agir ainsi car la radio-diffusion, c'est de l'audio-visuel et pour l'audio-visuel la liste des exemptions est close depuis 1993 (pour les Télécoms, elle était encore ouverte en 1996). Les Américains ont catégoriquement refusé pour les motifs suivants: 1/. je ne suis pas la CPC; 2/. dans ma législation, tout cela relève des Télécoms. Et effectivement, tout s'est conclu ainsi. Les Américains ont pu prendre leur exemption NPF sur les Télécoms. Il faut donc être très vigilant à ces affaires de couvertures sectorielles. A chaque fois qu'un panel se produit (ça a été le cas dans d'autres affaires), la classification intervient.

Ne pas oublier ...

- Toute limitation et restriction relative aux articles XVI et XVII **doit être** inscrite sur les listes
- Les mesures relevant d'autres dispositions (articles VI, XII, XIV) n'ont pas à être inscrites
- Les limitations concernant l'accès aux marchés et le traitement national qui s'appliquent à tous les secteurs inscrits peuvent être mentionnées dans une **section horizontale**
- Les mesures incompatibles avec les obligations en matière d'accès aux marchés et de traitement national doivent être inscrites uniquement dans la colonne relative à l'accès aux marchés (article XX:2)



slide 57

Ce qu'il faut aussi se rappeler c'est que ce qui est dans la liste n'est pas nécessairement la réalité. En d'autres termes, si vous avez un "Non consolidé" (un "Unbound"), ça ne signifie pas nécessairement que l'activité est interdite. Ça peut signifier que l'activité est interdite, mais ça peut aussi signifier qu'elle est totalement ou partiellement ouverte, simplement, la seule signification de "Non consolidé", c'est qu'il n'y a pas de garantie juridique. Si demain vous décidez de durcir la législation, vous avez toute liberté de le faire, et le tiers ne peut rien dire, alors que si vous avez un engagement, s'il est clairement indiqué 49 %, vous ne pouvez pas redescendre à 30. Donc, ce que l'on voit dans la liste, c'est un niveau minimal, en pratique, quand vous avez une restriction qui dit 49 %, ça ne veut pas dire nécessairement qu'il y a 49 % (si ça se trouve, vous appliquez 51) et là encore, vous avez toute liberté de redescendre jusqu'à 49, pas en dessous, mais vous pouvez très bien bouger au-dessus sans parler également des possibilités préférentielles. Si vous avez pris une exemption NPF, vous pouvez donner 100 % aux Américains par exemple. Donc, il faut se défier d'une lecture naïve des engagements.

L'engagement ne dit rien sur la réalité, laquelle peut être beaucoup plus libérale, qu'il s'agisse d'un cas de "Non consolidé" ou même d'un cas de restriction à 49 % (mais ça peut être 100 %). Simplement, ce que définit la liste, c'est la limite en deçà de là où vous n'avez pas le droit d'aller, ou les endroits où vous avez conservé une liberté réglementaire comme le Non consolidé. Vous gardez toujours la possibilité d'offrir de meilleures conditions, sous réserve du principe NPF et des exemptions, c'est-à-dire que si vous offrez de meilleures conditions, vous devez les offrir à tout le monde, sauf dans le cas où vous avez une exemption NPF qui vous permet d'offrir encore plus (la cerise sur la gâteau) à un pays en particulier: on revient toujours sur cet exemple américano-thaïlandais.

Ces engagements enfin, peuvent toujours être renforcés, voire améliorés à tout moment pour tenir compte des conditions générales. Il y a en fait 2 cas de figure à cet égard:


Le cas de figure le plus fréquent, c'est d'améliorer ses engagements dans le cadre des négociations car on ne donne rien pour rien, mais il a existé des cas aussi où des pays ont décidé unilatéralement de faire des engagements. Le meilleur exemple que je puisse vous donner de cela, ce sont les exemples dans lesquels j'ai trempé personnellement. Lors des négociations du service financier, les Sénégalais ont fait un engagement sur les banques. C'était l'époque où les États-Unis lançaient leur initiative pour l'Afrique (l'AGOA). Il était donc fortement question que les entreprises américaines viennent s'implanter en Afrique de l'Ouest, et naturellement avec les entreprises viennent les banques. Or, si vous êtes une banque américaine, qui n'a pas encore d'implantation en Afrique de l'Ouest, francophone, et que vous souhaitez vous implanter en Afrique francophone, où allez-vous vous implanter finalement? Le choix est relativement limité: entre les 2 grandes métropoles francophones, l'Afrique de l'Ouest (entre Abidjan et Dakar). Naturellement, si dans cette course – à supposer les infrastructures et les conditions égales – Dakar a des engagements sur les banques, c'est toujours plus attirant – pour les First National Bank – qu'une place financière sur laquelle il n'y a pas d'engagements. Et donc, les Ivoiriens ayant réalisé cet avantage compétitif que s'étaient donnés les Sénégalais pour attirer les investissements américains ont aussitôt (à un an près, en 1998, alors que les négociations sur les services financiers étaient terminés) fait un engagement en matière bancaire, justement, pour essayer de rétablir l'équilibre

Engagements spécifiques au titre de l'AGCS

avec le Sénégal. On a également des cas similaires en matière de télécommunication, notamment les Antilles où plusieurs Antilles anglophones où plusieurs pays ont essayé de se dégager de l'emprise du monopole historique par le biais des engagements OMC.

Recommandations

- Éviter la confusion entre les engagements horizontaux (qui s'appliquent à tous les secteurs **inscrits sur la liste**) et les engagements sectoriels
- Inscrire les limitations de façon aussi précise que possible
 - Pas de références générales à des lois nationales
 - Pas d'examens des besoins économiques non précisés
- Éviter les incertitudes concernant la portée et la couverture sectorielles
 - Utiliser autant que possible les numéros de la CPC
 - Définir clairement les sous-secteurs si la couverture est limitée

slide 58

Alors à nouveau, nous devons constamment le répéter, il y a toute une série de mesures qui ne sont pas touchées par les engagements, et qui n'ont donc pas listées:

La réglementation intérieure (nous en avons déjà parlé longuement et je n'y reviens pas).

Les marchés publics (très important).

Il y a dans le GATS un Article XIII qui dit que les Articles II, XVI et XVII du GATS ne s'appliquent pas aux marchés publics de services. D'abord, il y a " marché public" lorsqu'une collectivité locale, ou l'État, une région, une province, commande à une entreprise de travaux publics de construction par exemple . Il y a un client qui est l'État qui fait un appel d'offres et qui attribue le marché à une entreprise. C'est un marché public de services car il s'agit de construction.

Il y a aussi des marchés publics de transport., La NPF, l'accès aux marchés, le traitement national, ne s'appliquent pas. Donc, il ne peut pas y avoir d'engagements sur les marchés publics. En revanche, le reste, notamment ce qui concerne la transparence, la réglementation intérieure, etc, s'applique.

Cet Article XIII prévoit aussi des négociations pour créer des disciplines multilatérales en matière de marchés publics, ce sont des négociations qui avancent très lentement car il y a des réticences notamment de la part des pays en voie de développement.

Il existe par ailleurs un autre instrument qui s'appelle l'Accord sur les Marchés publics qui couvre les services mais qui n'a qu'une vingtaine de Membres, essentiellement développés, mais dont je ne vous parlerai pas ici.

Dès lors que vous avez un marché public, les dispositions de NPF, d'accès aux marchés, traitement national, ne s'appliquent pas, donc vous n'avez pas à lister ces choses-là et vos engagements n'emportent pas d'obligations en ce qui concerne les marchés publics.

Donc en clair, vos « entités », (c'est-à-dire les États, les provinces, les compagnies électriques, bref, tout ceux qui passent des marchés publics de services) ne sont pas concernées par les disciplines du GATS à ce stade.

Autre chose qui n'est pas concernée par les activités du GATS, ce sont les activités commerciales privées. Un exemple type de cela : les conférences maritimes, qui sont des regroupements d'armateurs qui fixent en commun des dessertes et des prix. Les mesures prises par ces conférences ne sont pas sujettes du GATS. Le GATS encore une fois concerne les mesures d'un Membre, et les mesures d'un Membre, c'est un Membre qui est soit l'État, soit c'est un démembrement subfédéral, soit un démembrement organique de l'État, c'est-à-dire un organisme privé auquel on a confié des missions de service public. Ce n'est pas le cas des conférences maritimes

Enfin, il y a un certain nombre de mesures d'État qui échappent à cette grille des modes que nous avons évoquée. Ce qui signifie en quelque sorte que lorsque l'on a une subvention à l'exportation, ça n'est capturé par aucun des modes, et dans ce cas-là, il n'y a pas de discipline du GATS.

Rapports entre les engagements et les conditions réelles du marché:

- Les engagements garantissent des **niveaux minimaux** d'accès aux marchés et de traitement national
- Les Membres gardent la faculté d'offrir de **meilleures conditions** (sous réserve du principe NPF)
- Les engagements **peuvent être renforcés** à tout moment pour tenir compte de l'amélioration des conditions



slide 59

Une question vraiment importante et essentielle, c'est: "*est ce que tout cela est pour de vrai, est ce que cela est pour toujours?*" La réponse à cela, c'est "oui" et "non". "Non" en principe car il y a un certain nombre de cas dans lesquels on peut se dispenser de ces engagements. Seulement, ce sont des cas étroitement définis. Le premier cas sur lequel je vais revenir, c'est quand on propose à un Membre ou aux Membres de l'OMC de revenir en arrière, mais en offrant des compensations (mais je reviendrai sur ce mécanisme qui est un mécanisme coûteux).

Le deuxième cas, ce sont les exceptions classiques. Je vous en ai expliqué les mécanismes tout à l'heure. On peut effectivement à tout moment s'affranchir de ces engagements pour autant qu'on invoque la moralité publique, la santé publique, la sûreté, etc; mais il faut que la mesure soit justifiée et proportionnée. L'exception prudentielle en matière de services financiers (je l'ai également expliqué tout à l'heure) est de même nature.

Il y a un cas particulier pour les exceptions de sécurité (sécurité au sens anglo-saxon), sécurité nationale, ce que, en français, on qualifierait plutôt de "sûreté". Dans ce cas-là, il n'y a pas de test de nécessité. Ce qui signifie qu'un État qui dit que ses intérêts nationaux, primordiaux, de défense nationale (dans une affaire de terrorisme par exemple) sont menacés, l'État n'a pas se à justifier. L'exemple type de cela aujourd'hui, ce sont toutes les mesures post 11 Septembre qu'ont pris les États-Unis en matière de transports maritimes et aériens, ce que l'on appelle par exemple, la "24 Hours Rules" l'obligation qui a été faite aux armateurs et aux transitaires de justifier 24 heures à l'avance le contenu de chaque conteneur. C'est une mesure qui est inattaquable à l'OMC car elle est justifiée par des éléments de sécurité nationale.

La troisième chose qui permet aussi de se dispenser de ces engagements, ce sont des restrictions de la balance des paiements qui ont été autorisées par le FMI (du fait qu'elles soient autorisées par le FMI, elles permettent de le faire).

Il y a également autre chose que l'on appelle "le waiver" qui est une procédure qui n'est pas énoncée ici car ce n'est pas une procédure GATS, c'est une procédure OMC Général qui est une décision du Conseil Général de l'OMC ou de la Conférence Ministérielle par laquelle les Membres décident de lever toute obligation quelle qu'elle soit - en plus des obligations au titre de l'AGCS - d'un Membre pour un temps limité. C'est une procédure extrêmement lourde et extrêmement coûteuse qui n'a jamais été utilisée en service.

Mesures/politiques non affectées par les engagements

- Réglementation intérieure non discriminatoire (normes, prescriptions en matière de licences, etc.)
- Marchés publics
- Actions commerciales privées (au-delà du champ d'application de l'AGCS)
- Actions allant au-delà de la définition modale du commerce des services (par exemple subventions ou restrictions à l'exportation)



slide 60

Je reviens maintenant à l'Article XXI qui est la façon la plus simple de revenir en arrière sur ces engagements. L'Article XXI est inspiré lui aussi des procédures GATT (les fameux Articles XXIV-XXVIII). L'idée de base est assez simple: vous êtes allés trop loin dans un domaine, vous vous rendez compte que votre industrie nationale est ruinée par votre concession, donc vous voulez remonter – soit passer d'un 49 % à un Non Consolidé, soit réimposer une obligation de "Joint venture", et naturellement, tout cela ne se fait pas gratuitement. Alors, en matière de marchandise, c'était encore relativement simple si par exemple, vous aviez consenti une concession sur le soja comme l'avait fait la Communauté Européenne – et cette concession avait fini par lui coûter très cher! – et que vous vouliez remonter les droits de douane sur le soja, vous négociez à l'époque avec les principaux fournisseurs de soja qui étaient 4 ou 5 (donc c'était relativement limité, et tout cela s'est passé d'ailleurs pour de vrai). La Pologne a demandé du tournesol, l'Uruguay a demandé du "hilton beef", bref, la Communauté Européenne a dû baisser ses droits de douane sur 5 ou 6 produits pour tout le monde.

Donc, le coût d'une déconsolidation en matière de marchandise, c'est grosso modo entre 5 et 10 fois le coût de la déconsolidation. Cette solution reste très chère, mais nous avons au moins l'avantage d'avoir un coût circonscrit.

En matière de service, c'est un peu plus compliqué parce que nous n'avons pas de chiffre, et de ce fait, quiconque peut se déclarer intéressé. Donc, le principe, c'est: je veux déconsolider, j'arrive à l'OMC, je fais une notification où je déclare que je veux déconsolider. A partir de ce moment-là, les Membres de l'OMC ont 90 jours pour se manifester et considérer que leurs intérêts sont affectés. A ce moment, vous pouvez avoir entre 1 et 143 Membres de l'OMC qui viennent vous voir. Bien sûr, 143, c'est beaucoup, mais le seul exemple que l'on ait eu jusqu'ici est un cas à la Communauté Européenne, son élargissement dû au passage de 12 Membres à 15 Membres, cas tout récent qui a à peine 1 mois, et dans ce cas-là, il y a 16 États qui ont levé le doigt. Imaginez une négociation avec 16 États, les uns demandant de l'audiovisuel, les autres du Mode 4, d'autres encore des services professionnels. Voilà une situation qui peut devenir rapidement ingérable et beaucoup plus coûteuse que si c'était une déconsolidation en matière de marchandise. De surcroît, la procédure en matière de service est plus sophistiquée: si on ne parvient pas à se mettre d'accord entre les États qui veulent des compensations et les États qui veulent déconsolider, chacune des parties peut demander un arbitrage. L'arbitre déterminera le montant et aussi probablement les secteurs dans lesquels il devrait y avoir compensation.

Tout ce que l'on peut en dire – car l'histoire reste à écrire – c'est que la procédure de consolidation au titre de l'Article XXI est vraiment une procédure coûteuse. Donc, il ne faut pas l'envisager de manière légère, et la meilleure façon pour éviter d'avoir recours à l'Article XXI, c'est sans doute de rédiger soigneusement ses engagements, de façon à ne jamais se trouver dans cette situation.

Les engagements doivent-ils être respectés à tout prix?

Non. L'AGCS permet aux Membres de renégocier leurs engagements en échange d'une compensation (article XXI), de les ignorer pour des raisons de santé et d'autres raisons de politique générale (article XIV, "exception prudentielle" dans les services financiers) ou des questions de sécurité (article XIV *bis*) et d'instaurer des restrictions pour protéger leur balance des paiements (article XII).

Modification des listes (article XXI)

- Moratoire de trois ans
- Procédure
- Compensations négociées
- Arbitrage si nécessaire