

**CONFERENCE DES NATIONS UNIES
SUR LE COMMERCE ET LE DEVELOPPEMENT**

RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

3.13 AGCS



**NATIONS UNIES
New York et Genève, 2003**

NOTE:

Le cours sur le règlement des différends relatifs au commerce international, aux investissements et à la propriété intellectuelle comprend quarante et un modules.

Ce module a été préparé par Mme Debra Steger à la demande de la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (CNUCED). Les vues et opinions exprimées dans ce module sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles des Nations Unies, de l'OMC, de l'OMPI, de l'ICSID, de l'UNCITRAL ou du Centre de conseil juridique sur les questions liées à l'OMC.

Les désignations utilisées et la présentation du matériel de cette publication n'impliquent en rien l'expression de quelque opinion que ce soit de la part des Nations Unies concernant le statut juridique de tout pays, territoire, ville ou région ou de ses administrations ou concernant la délimitation de ses frontières ou limites territoriales. Dans les citations issues de documents officiels et de la jurisprudence des organisations internationales et des tribunaux, les pays sont désignés tels qu'ils sont mentionnés dans ces documents.

L'organisation des Nations Unies détient le copyright de ce document. Ce cours est également disponible sous format électronique sur le site Web de la CNUCED (www.unctad.org). Des copies de ce document peuvent être téléchargées gratuitement à la condition qu'elles soient utilisées à des fins d'enseignement ou d'étude et non dans un but commercial. Il est demandé aux utilisateurs de mentionner les sources appropriées.

UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.31

Copyright © Nations Unies
Tous droits réservés

TABLE DES MATIERES

Note	ii
Objectifs d'apprentissage	1
Introduction	3
1. Portée et définition	5
<i>1.1 Mesures des Membres affectant le commerce des services</i>	5
<i>1.2 Mesures des Membres</i>	6
<i>1.3 Affectant le commerce des services</i>	7
<i>1.3.1 Commerce des services</i>	7
<i>1.3.2 Affectant</i>	10
<i>1.4 Résumé</i>	11
<i>1.5 Testez votre compréhension</i>	12
2. Obligations générales et disciplines	13
<i>2.1 Introduction</i>	13
<i>2.2 Traitement NPF</i>	13
<i>2.3 Transparence</i>	17
<i>2.4 Participation croissante des pays en développement</i>	17
<i>2.5 Accords d'intégration économique et d'intégration des marchés du travail</i>	18
<i>2.6 Réglementation intérieure et reconnaissance</i>	18
<i>2.7 Monopoles et fournisseurs exclusifs de services; Pratiques commerciales restrictives</i>	19
<i>2.8 Paiements et transfert; Restrictions destinées à protéger la balance des paiements</i>	20
<i>2.9 Mesures de sauvegarde d'urgence; Subventions; Marchés publics</i>	20
<i>2.10 Exceptions générales et exceptions concernant la sécurité</i>	21
<i>2.11 Testez votre compréhension</i>	23
3. Engagements spécifiques	25
<i>3.1 Introduction</i>	25
<i>3.2 Accès aux marchés</i>	26
<i>3.3 Traitement national</i>	28
<i>3.4 Engagements additionnels</i>	31
<i>3.5 Listes des engagements spécifiques</i>	31
<i>3.6 Testez votre compréhension</i>	33
4. Règlement des différends	35
<i>4.1 Consultations</i>	35
<i>4.2 Règlement des différends et exécution des obligations</i>	36
<i>4.3 Procédures spéciales pour secteurs de services spécifiques</i>	37
<i>4.4 Testez votre compréhension</i>	37
5. Études de cas	39
6. Ouvrages de référence recommandés	43

OBJECTIFS D'APPRENTISSAGE

Ce module consacré au règlement des différends relevant de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) de l'OMC entend dresser en premier lieu une synthèse de l'ensemble des principaux droits, obligations, engagements et exemptions/exceptions de l'AGCS. Il serait en effet difficile d'aborder le problème même du règlement des différends dans le contexte de l'AGCS sans disposer préalablement d'une bonne connaissance générale des obligations générales et engagements spécifiques qui composent cet accord. Le premier chapitre passera en revue le champ d'application de l'accord et la définition de certains termes clés, qui ont été interprétés à ce jour dans les quelques rares actes de jurisprudence de l'OMC.

Le chapitre suivant dressera une vue d'ensemble des obligations et des disciplines générales applicables à toutes les mesures affectant le commerce des services. Ces règles d'application générale comprennent le traitement NPF, la transparence, la participation croissante des pays en développement, l'intégration économique, la réglementation intérieure, la reconnaissance des normes ainsi que les exceptions générales et les exceptions concernant la sécurité. Ce chapitre examinera les articles de l'AGCS relatifs aux engagements spécifiques que les Membres peuvent contracter par rapport à certains secteurs et sous-secteurs de services. Ces thèmes incluent l'accès aux marchés, le traitement national et les engagements additionnels (par exemple dans le cadre des normes et des procédures de licences et de certification).

Ce module examinera également les règles et procédures uniques en matière de consultations et de règlement des différends de l'AGCS. Bien que le *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* s'applique au règlement des différends survenant dans le cadre de l'AGCS, les Articles XXII et XXIII de l'AGCS contiennent des dispositions spéciales supplémentaires importantes, relatives aux consultations et définissant des lignes de conduite spécifiques pour les différends touchant au commerce des services. Le module se conclura par différentes études de cas visant à tester les connaissances générales, suivies de la liste des ouvrages de référence recommandés.

INTRODUCTION

Premier secteur d'activité économique au monde, l'industrie des services est aussi celui qui connaît le taux de croissance le plus rapide, avec plus de 60% du rendement mondial et une part du marché du travail encore supérieure dans de nombreux pays. Bien qu'il soit difficile d'obtenir des statistiques exactes sur la valeur du commerce des services, lequel s'effectue en grande partie par le biais d'entreprises étrangères établies dans d'autres pays, on estime que la valeur du commerce des services transfrontière représentait à elle seule en 1999 1350 milliards de dollars US, soit 20% environ du commerce mondial, en termes de balance des paiements.

Conclu à l'issue des négociations multilatérales du Cycle de l'Uruguay, l'*Accord général sur le commerce des services* (AGCS), qui est entré en vigueur en 1995, a été le premier accord multilatéral à couvrir le secteur important et en plein essor du commerce des services. L'AGCS est le produit de négociations complexes, à la fois longues et difficiles, entre un grand nombre de pays développés et en développement. Il s'agit donc à ce titre d'un accord particulièrement complexe. Son champ d'application est potentiellement large puisque la plupart des mesures imposées par les gouvernements – à l'échelle nationale, régionale et locale – affectant le commerce des services sont visées, à l'exception importante des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental et de certains secteurs particuliers, tels que les services de transport aérien. Les obligations générales qui s'appliquent à toutes les mesures affectant le commerce des services sont cependant peu nombreuses, les plus connues étant les obligations de la nation la plus favorisée (NPF) et de transparence. De nombreuses autres obligations clés, telles que l'accès aux marchés et le traitement national ne s'appliquent que lorsque et si un membre de l'OMC décide de souscrire des engagements spécifiques par rapport à un secteur de services particulier dans sa Liste.

L'AGCS est un ensemble complexe de droits, d'obligations, d'exemptions/exceptions et d'engagements spécifiques. Il n'est pas possible de comprendre ses obligations sans faire référence à l'ensemble des documents juridiques pertinents: le texte de l'AGCS même; les exemptions NPF adoptées conformément à l'Annexe sur les Exemptions des obligations énoncées à l'Article II et inscrites dans les Listes des Membres de l'OMC; les engagements spécifiques en matière d'accès aux marchés, de traitement national et d'engagements additionnels figurant dans les listes des Membres; les Annexes de l'AGCS, relatives à des secteurs et domaines donnés, tels que les services de transport aérien, les services financiers, les services de transport maritime, les télécommunications et le mouvement des personnes physiques, les décisions et déclarations ministérielles et les protocoles subséquents qui ont été conclus par rapport à certains secteurs de services. Selon l'objet d'un différend particulier, les dispositions juridiques applicables pourront donc être contenues dans plusieurs documents.

Malgré sa complexité et son abondance de détails évidentes, l'AGCS demeure un «travail en cours». Bien que le texte de l'AGCS comporte de nombreuses obligations importantes, la plupart des obligations et engagements réels sont contenus dans les Listes des Membres. L'AGCS appelait par exemple à des négociations sur les services de télécommunications et financiers de base. Des accords sectoriels ont été conclus dans ces domaines entre des groupes de pays et leurs résultats ont été mis en œuvre sous forme d'engagements spécifiques dans les Listes de ces Membres. Plusieurs domaines clés, que les négociateurs avaient jugés trop difficiles lors du Cycle de l'Uruguay, font actuellement l'objet de négociations continues sur le commerce des services dans le cadre du Cycle de Doha. Ces thèmes incluent: les subventions, les mesures de sauvegarde d'urgence, la réglementation intérieure, les marchés publics, le mouvement des personnes physiques et plusieurs négociations relatives à des secteurs particuliers. Certaines négociations entre les membres visent également à accélérer encore la libéralisation en matière d'accès aux marchés, de traitement national et d'autres domaines visés par des engagements spécifiques.

Etant donné l'importance évidente des droits et des obligations de l'AGCS pour ce vaste secteur en plein essor de l'économie mondiale, on peut peut-être s'étonner du faible nombre de différends portés à ce jour devant l'OMC par rapport à cet accord. Sur les quelque 280 plaintes déposées devant l'OMC depuis 1995, une dizaine seulement concernait l'AGCS¹. Dans la plupart de ces 10 litiges, les plaintes renvoyaient également à d'autres accords, tels que *l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* (le «GATT 1994»). Les plaintes relatives à l'AGCS ne concernent donc au total que 3,5% environ de toutes les plaintes notifiées à l'OMC, soit un pourcentage très faible de la totalité des plaintes portant sur des règlements de différends. Mais quelle que soit la complexité et le détail des droits, obligations, engagements spécifiques et accords sectoriels conclus dans le cadre de l'AGCS, ces dispositions n'ont pas encore à ce jour bénéficié de l'interprétation et de la clarification des groupes spéciaux de l'OMC et de l'Organe d'appel. Par conséquent, et à la différence du GATT 1994 ou d'une grande partie des autres accords de l'OMC, l'AGCS, pour une grande part, n'a pas encore été interprété et demeure à ce titre mal compris.

¹ Informations extraites de Update of WTO Dispute Settlement Cases, WT/DS/OV10, 22 janvier 2003, *Révision complète du Groupe spécial et de l'Organe d'appel : rapport du groupe spécial*, Canada - Certain Measures Affecting the Automotive Industry, WT/DS139/R, WT/DS142/R, *tel que modifié par le rapport de l'Organe d'appel* WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R adopté le 19 juin 2000; *Rapports du Groupe spécial*, European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/R/GTM, WT/DS27/HND, WT/DS27/R/ECU, WT/DS27/R/USA, WT/DS27/R/MEX, *tel que modifié par le rapport de l'Organe d'appel* WT/DS27/AB/R, adopté le 25 septembre 1997; *Rapport du groupe spécial*, European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, - Recourse to Article 21.5 by Ecuador, WT/DS27/RW/ECU, adopté le 6 mai 1999. *En instance de consultation* : Nicaragua - Measures affecting Imports from Honduras and Colombia (II), WT/DS201; Canada - Measures Affecting Film Distribution Services, WT/DS117; Belgium - Measures Affecting Commercial Telephone Directory Services, WT/DS80; Japan - Measures Affecting Distribution Services, WT/DS45; *Litiges réglés ou inactifs* : Turkey - Certain Import Procedures for Fresh Fruit, WT/DS237; United States - The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act. *Le premier grand différend AGCS est actuellement en instance devant un groupe spécial* : Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services, WT/DS204.

1. PORTÉE ET DEFINITION

Objectifs

Une fois ce chapitre étudié, le lecteur sera en mesure:

- d'évaluer si une mesure particulière est visée par l'AGCS;
- de déterminer s'il y a «commerce de services» dans une situation particulière;
- d'identifier chacun des quatre modes de fourniture de services;
- de préparer une plainte ou une défense face à la question fondamentale de savoir si l'AGCS s'applique ou non à un règlement de différends particulier.

Ce chapitre du module examine et discute le champ d'application de l'AGCS. L'article II:1 de l'AGCS prévoit expressément qu'il s'applique à «toute mesure couverte par cet Accord». L'organe d'appel, dans *Canada - Certain measures affecting the Automotive Industry* («Canada - Autos»)², a stipulé que la question fondamentale, pour tout groupe spécial chargé d'examiner des plaintes déposées sous l'AGCS, consiste à savoir si une mesure entre ou non dans le champ d'application de l'AGCS en examinant si elle «affecte le commerce des services» dans le sens de l'Article 1 de l'AGCS³. Les termes exacts de la section pertinente de l'Article 1 sont les suivants:

Article I

Portée et définition

1. Cet Accord s'applique aux mesures des Membres affectant le commerce des services

Pour comprendre pleinement le sens de l'Article I:1, chaque élément de l'expression «mesures des Membres affectant le commerce des services» doit faire l'objet d'un examen séparé. Pour ce faire, il est nécessaire de comprendre certaines définitions contenues dans les Articles I et XXVIII de l'AGCS.

1.1 Mesures des Membres affectant le commerce des services

L'expression «mesures des Membres affectant le commerce des services» est définie à l'article XXVIII de l'AGCS. Cette définition est la suivante:

Article XXVIII

Définitions

c) Les «mesures des Membres affectant le commerce des services» comprennent les mesures concernant:

- i) l'achat, le paiement ou l'utilisation d'un service;
- ii) l'accès et le recours, à l'occasion de la fourniture d'un service, à des services dont ces Membres exigent qu'ils soient offerts au public en général;
- iii) la présence, y compris la présence commerciale, de personnes d'un Membre pour la fourniture d'un service sur le territoire d'un autre Membre;

² Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adopté le 19 juin 2000.

³ *Ibid.* Par. 152.

En elle-même et par elle-même, cette définition ne fournit pas de signification précise à l'expression «mesures des Membres affectant le commerce des services». Elle fournit uniquement une liste des types de mesures dont on considère qu'ils entrent dans la définition de cette expression. Il est important de noter que cette définition donne certains exemples de types de mesures qui entreraient dans le champ d'application de l'AGCS, mais qu'il ne s'agit pas là d'une liste exclusive.

Afin de définir cette expression de manière plus précise, il est essentiel d'examiner séparément les différents éléments dont elle se compose.

1.2 Mesures des Membres

L'Article I:3 (a) de l'AGCS définit de manière très large l'expression «mesures des Membres». Selon cette définition, l'AGCS couvre virtuellement tous les niveaux d'activité gouvernementale, centrale, régionale ou locale, ainsi que les organismes non gouvernementaux auxquels les gouvernements ont délégué des pouvoirs. Les termes exacts de l'Article I:3 (a) sont les suivants:

Article I
Portée et
définition

3. Aux fins du présent accord

(a) les «mesures des Membres» s'entendent de mesures prises par:

- (i) des gouvernements et administrations centraux, régionaux ou locaux; et*
- (ii) des organismes non gouvernementaux lorsqu'ils exercent des pouvoirs délégués par des gouvernements ou administrations centraux, régionaux ou locaux;*

Dans la mise en oeuvre de ses obligations et engagements au titre de l'Accord, chaque Membre prendra toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour que, sur son territoire, les gouvernements et administrations centraux, régionaux et locaux et les organismes non gouvernementaux les respectent;

Le terme «mesure» est défini comme suit à l'article XXVIII de l'AGCS:

Article XXVIII
Définitions

(a) le terme «mesure» s'entend de toute mesure prise par un Membre, que ce soit sous forme de loi, de réglementation, de règle, de procédure, de décision, de décision administrative, ou sous toute autre forme;

En conséquence de l'effet conjugué de ces deux définitions, les obligations et disciplines de l'AGCS s'appliquent à toutes les formes d'intervention par des gouvernements centraux, régionaux et locaux ainsi que par des d'organismes non gouvernementaux exerçant des pouvoirs gouvernementaux délégués. Une «mesure» inclut les lois, réglementations, règles et décisions des tribunaux et administrations, mais couvre également les pratiques et les actions des gouvernements ou des organismes non gouvernementaux exerçant des pouvoirs gouvernementaux délégués. Ces mesures comprendront par exemple la législation d'un Membre, les règlements d'une administration municipale et les règlements adoptés par des organismes professionnels eu égard aux qualifications

professionnelles et aux licences. L'ensemble de ces mesures pourraient potentiellement entrer dans le champ d'application de l'AGCS.

Il est important de noter que chaque Membre est dans l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer que tous les niveaux «sous-nationaux» des gouvernements et organismes non gouvernementaux exerçant des pouvoirs gouvernementaux délégués sur son territoire respectent les disciplines de l'AGCS. Cette obligation est similaire à l'obligation figurant à l'Article XXIV:12 du GATT 1994, relatif au commerce des biens⁴.

La question de savoir si l'action particulière d'un gouvernement constitue ou non une «mesure d'un Membre» dans le sens de l'Article I:1 n'a pas encore été soulevée en tant que telle dans le cadre d'un règlement de différends de l'OMC. Il est cependant possible que cette question revête une certaine importance à l'avenir. Par exemple, dans un litige portant sur les actions d'un organisme non gouvernemental, on pourra s'interroger si cet organisme exerce des pouvoirs gouvernementaux qui lui ont été délégués par un gouvernement. La portée de l'AGCS, cependant, ne s'étend pas aux actions des entreprises ou particuliers qui n'exercent pas de pouvoirs gouvernementaux délégués.

1.3 Affectant le commerce des services

L'expression «affectant le commerce de services» a été interprétée par l'Organe d'appel. Dans «Canada - Autos», l'Organe d'appel a stipulé que «deux questions essentielles doivent être examinées afin de déterminer si une mesure «affecte le commerce des services»». Ces questions sont:

....premièrement s'il y a «commerce de services» dans le sens de l'Article I:2, et deuxièmement si la mesure en question «affecte» un tel commerce de services dans le sens de l'Article I:1⁵

1.3.1 Commerce des services

La première question à laquelle on s'efforcera de répondre dans le cadre d'un règlement de différend est de savoir s'il y a «commerce de services». L'Article I:2 de l'AGCS définit le concept de «commerce de services» en tant que «fourniture d'un service» conformément à l'un de quatre modes de fourniture définis. Les termes exacts de cet Article sont les suivants:

⁴ Voir Mémoire sur l'interprétation de l'Article XXIV de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, par. 13-15

⁵ Rapport de l'Organe d'appel, Canada - Autos, supra. note 2, par. 155

*Article 1*Portée et définition

2. Aux fins du présent accord, le commerce des services est défini comme étant la fourniture d'un service:

- a) en provenance du territoire d'un Membre et à destination du territoire de tout autre Membre;
- b) sur le territoire d'un Membre, à l'intention d'un consommateur de services de tout autre Membre;
- c) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à une présence commerciale sur le territoire de tout autre Membre;
- d) par un fournisseur de services d'un Membre, grâce à la présence de personnes physiques d'un Membre sur le territoire de tout Membre.

Cette définition du «commerce des services» à travers ces quatre différents modes de fourniture est fondamentale pour bien comprendre la portée et le fonctionnement de l'AGCS. Elle est particulièrement importante par rapport aux engagements spécifiques inscrits dans les listes des Membres en matière d'accès aux marchés et de traitement national. On trouvera ci-dessous une description de chaque mode, accompagnée d'exemples.

Le paragraphe (a) de l'Article I:2 - «Mode 1» décrit ce que l'on désigne souvent sous le terme de mode de fourniture «transfrontière». Il implique la fourniture d'un service *à travers la frontière* depuis le territoire d'un Membre à destination du territoire d'un autre Membre. Ce sera notamment le cas d'une entreprise basée dans un Membre qui fournirait des services de transport de déchets d'un pays à un autre à des fins d'élimination. Un autre exemple serait celui d'un transfert de fonds depuis une banque située dans un pays vers une institution financière ou un client situé dans un autre pays.

Le paragraphe (b) de l'Article I:2 - «Mode 2» décrit le mode de fourniture dit de «consommation à l'étranger». Il concerne les situations où le consommateur d'un service se rend sur le territoire d'un autre Membre afin de consommer des services. L'exemple le plus commun de services fournis dans le cadre du mode 2 concerne les services de tourisme. Un autre exemple serait une personne qui résiderait sur le territoire d'un Membre et qui se rendrait sur le territoire d'un autre Membre pour y recevoir un traitement médical.

Le paragraphe (c) de l'Article I:2 - «Mode 3» - décrit ce qu'on désigne sous le terme de «présence commerciale». La fourniture de services dans le cadre de ce mode exige que le fournisseur de services d'un Membre ait établi une présence commerciale sur le territoire d'un autre Membre. L'Article XXVIII de l'AGCS définit la «présence commerciale» comme suit:

*Article XXVIII*Définitions

d) l'expression «présence commerciale» s'entend de tout type d'établissement commercial ou professionnel, y compris sous la forme:

i) de la constitution, de l'acquisition ou du maintien d'une personne morale, ou

ii) de la création ou du maintien d'une succursale ou d'un bureau de représentation,

sur le territoire d'un Membre en vue de la fourniture d'un service;

Un exemple de Mode 3 serait la fourniture de services financiers ou bancaires par la succursale d'une banque japonaise opérant sur le territoire des Etats-Unis. Un autre exemple serait celui des services juridiques fournis par les avocats du bureau chinois d'un cabinet juridique basé à Singapour.

Finalement, le paragraphe (d) de l'Article I:2 - «Mode 4» décrit le mode de fourniture désigné sous le terme de «mouvement de personnes physiques». Ce mode renvoie aux situations où le fournisseur de services d'un Membre se rend sur le territoire d'un autre Membre en vue de fournir le service. Un exemple serait le cas d'un médecin d'un Membre qui se rendrait sur le territoire d'un autre Membre pour y effectuer une intervention chirurgicale sur un patient. Un autre exemple serait celui d'un architecte qui se rendrait depuis son pays dans un autre pays afin de fournir des services architecturaux à un client dans cet autre pays. Ce mode exige la présence de personnes physiques d'un autre pays sur le territoire du Membre où elles fournissent un service.

L'Article 1:2 définit le «commerce des services» comme la fourniture d'un service conformément à l'un des quatre modes de fourniture énumérés, mais il ne définit pas ce que sont les «services». L'Article I:3 définit le terme «services» comme suit:

*Article I*Portée et définition

3. Aux fins du présent accord:

....

b) les «services» comprennent tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental;

L'article 1:3 ne définit pas le terme «services» de manière précise, mais stipule plutôt que l'AGCS couvre «tous les services de tous les secteurs»⁶ à l'exception des «services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental». Cette disposition confère une portée très large à l'AGCS eu égard aux services visés par ses disciplines.

⁶ Les Membres de l'OMC utilisent généralement le système de classification des produits centrale (CPC) des Nations Unies pour identifier les secteurs ou services individuels. Le système de classification des produits centrale des Nations Unies liste plus de 600 types de services. Voir Stewart, T. P. (*Editeur*), *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1992) : Commentary (Kluwer Law International, 1993), page 2341.*

L'Article 1:3(b) de l'AGCS établit une exception significative au champ d'application de l'AGCS en ce qui concerne les services «fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental». Cette expression est définie comme suit:

Article 1
Portée et
définition

3. Aux fins du présent accord:

....

(c) «un service fourni dans l'exercice du pouvoir gouvernemental et de certains secteurs» s'entend de tout service qui n'est fourni ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services.

La signification de cette importante exemption n'a cependant pas encore été testée dans le cadre d'un règlement de différend devant l'OMC à ce jour. Il est clair que les services fournis par un monopole appartenant à et géré par l'Etat, dans des domaines tels que les soins de santé, l'éducation, la police ou les sapeurs pompiers, seraient exempts de la portée et de l'application de l'AGCS. Les gouvernements de nombreux pays se sont cependant engagés dans un processus de privatisation par rapport à certains aspects de la fourniture de ces services. Dans un tel cas, la question - bien réelle et difficile - se pose de savoir si l'introduction d'un élément de concurrence, par exemple dans certains aspects de la fourniture de services des soins de santé, permet d'étendre la portée de l'AGCS à ce secteur de services tout entier.

Cette question pourra être examinée dans le contexte de la fourniture de services éducatifs ou pénitenciers, services qui sont généralement associés à l'exercice d'un pouvoir gouvernemental. L'interprétation de la condition selon laquelle les services «fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental» ne doivent être «fournis ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services» pourrait potentiellement étendre la portée de l'AGCS à de tels services dans le cas d'un Membre qui aurait déjà expressément autorisé la concurrence dans l'un de ces secteurs.

1.3.2 «Affectant»

La seconde question jugée nécessaire par l'Organe d'appel pour déterminer s'il y a une «mesure affectant le commerce des services» est de savoir si la mesure en question *affecte* le commerce des services.

Sur ce point, l'Organe d'appel, dans *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas («EC = Bananas III»)* a conclu à la nécessité de donner une interprétation large au terme «affectant» de l'Article I:1. L'Organe d'appel a stipulé que:

«En notre opinion, l'utilisation du terme «affectant» reflète l'intention des rédacteurs de conférer une portée étendue à l'AGCS. La signification ordinaire du mot «affectant» implique une mesure qui a «un effet sur», qui indique un large champ d'application. Cette interprétation est en outre renforcée par les

conclusions des groupes spéciaux précédents selon lesquelles le terme «affectant» dans le contexte de l'Article III du GATT a une portée plus large que des termes tels que «régulant» ou «régissant»⁷.

L'Organe d'appel a cependant indiqué dans ce cas précis que la portée et la couverture de l'AGCS ne sont pas illimitées. L'AGCS ne vise pas les mêmes domaines que le GATT 1994. Il serait néanmoins possible d'examiner une mesure à la fois sous l'angle du GATT 1994 et de l'AGCS, même si cet examen ne mettra pas l'accent sur les mêmes aspects pour chaque accord. Dans *EC - Bananas III*, l'Organe d'appel a stipulé ce qui suit:

L'AGCS n'a pas pour vocation de traiter du même domaine que le GATT 1994. L'AGCS entend traiter d'un domaine qui n'est pas visé par le GATT 1994, à savoir le commerce des services. L'AGCS s'applique par conséquent à la fourniture de services. Il examine, entre autres, à la fois le traitement NPF et le traitement national pour les services et les fournisseurs de services. Etant donné le champ d'application respectif des deux accords, ceux-ci peuvent ou non se recouper, suivant la nature des mesures en question. Certaines mesures pourront entrer exclusivement dans le champ d'application du GATT 1994 quand elles affectent le commerce des biens en tant que biens. Certaines mesures pourront entrer exclusivement dans le champ d'application de l'AGCS quand elles affectent la fourniture de services en tant que services. Il existe encore une troisième catégorie de mesures qui pourraient entrer à la fois dans le champ d'application du GATT 1994 et de l'AGCS. Ces mesures impliquent un service relatif à un bien particulier ou un service fourni en rapport avec un bien particulier. Dans le cas de cette troisième catégorie, les mesures en question pourraient être examinées à la fois sous l'angle du GATT 1994 et de l'AGCS.

Mais alors que la même mesure pourrait être examinée sous l'angle des deux accords, les aspects spécifiques de la mesure examinée dans le cadre de chaque accord pourront être différents. Dans le cadre du GATT 1994, l'accent est mis sur la manière dont la mesure affecte les biens en question. Dans le cadre de l'AGCS, l'accent est mis sur la manière dont la mesure affecte la fourniture de services ou les fournisseurs de services concernés. *La question de savoir si une certaine mesure affectant la fourniture d'un service relatif à un bien particulier doit être examinée sous l'angle du GATT 1994, de l'AGCS, ou des deux accords, est une question qui ne peut être déterminée qu'au cas par cas⁸.*

En outre, l'Organe d'appel dans *Canada - Autos* a stipulé que

Dans les cas où la même mesure peut être examinée à la fois sous l'angle du GATT 1994 et de l'AGC., l'accent mis par l'examen et les aspects spécifiques des mesures devant être examinées sous l'angle de chaque accord, seront cependant différents dans la mesure où les objets des deux accords sont différents.»⁹

⁷ Rapport de l'Organe d'appel WT/DS27/AB/R adopté le 25 septembre 1997, par. 220.

⁸ *Ibid.* Par. 221.

⁹ Rapport de l'Organe d'appel, *Canada - Autos*, supra. Note 2, par. 160

A ce jour, l'Organe d'appel n'a pas expliqué exactement ce qu'on entend par le terme «affectant» par rapport à la fourniture de services. Cependant, le groupe spécial dans *EC - Bananas III* a donné les explications suivantes:

... les rédacteurs ont consciemment adopté les termes «affectant» et «fourniture de service» pour s'assurer que la discipline de l'AGCS couvre toute mesure portant sur les conditions de concurrence en matière de fourniture de service, indépendamment du fait que la mesure régit directement ou affecte indirectement la fourniture d'un service.»¹⁰

Le concept d'«affecter» la fourniture de services pourrait avoir des implications potentiellement importantes pour le champ d'application de l'AGCS. Dans les cas où les biens et les services sont commercialisés ensemble, ou où l'un est utilisé pour la production de l'autre, ou où le producteur d'un bien ou d'un service participe également de façon intégrale à la production de biens ou de services connexes, toute mesure donnée peut en théorie avoir un *certain* effet sur le fourniture du service en question.

1.4 Résumé

Le champ d'application de l'AGCS est très large. Les disciplines de l'AGCS couvrent généralement tous les services de tous les secteurs, exception faite des services fournis dans l'exercice d'un pouvoir gouvernemental. Ceci étant dit, les Membres ont été autorisés à exempter certains secteurs de services du champ d'application de l'AGCS en s'appuyant sur les exemptions de l'Annexe II conformément aux dispositions de l'Article II et de cette Annexe.

Le «commerce des services» est défini comme la fourniture d'un service selon l'un des quatre Modes de fourniture énumérés dans ce chapitre. L'Organe d'appel a stipulé que cette question fondamentale doit être examinée dans le cadre de tout règlement de différend afin de déterminer l'existence d'une «mesure affectant le commerce des services». Ce processus devra examiner deux problèmes juridiques essentiels en vue d'établir si une mesure spécifique affecte le commerce de services. A savoir: (1) le service est-il fourni par le biais de l'un des modes de fourniture listés à l'Article I:2? et (2) la mesure en question *affecte-t-elle* le commerce des services?¹¹ Cette procédure devra être suivie dans chaque cas afin de déterminer si les disciplines de l'AGCS s'appliquent à la mesure en question avant d'examiner les revendications spécifiques du litige.

1.5 Testez votre compréhension

- 1. Quelles sont les mesures soumises aux disciplines de l'AGCS? Certaines mesures sont-elles exemptées du champ d'application de l'AGCS? Quelles sont-elles?**

¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel, *EC - Bananas III*, WT/DS27/R/GTM, WT/DS27/R/HND, WT/DS27/R/ECU, WT/DS27/R/USA, WT/DS27/R/MEX, adopté le 19 juin 2000, par. 7.280.

¹¹ Rapport de l'Organe d'appel, *Canada - Autos*, supra. Note 2, par. 155

2. **Les mesures relatives aux services fournis par des forces de police gouvernementales sont-elles visées par l'AGCS? Qu'en est-il des services fournis par des sociétés de sécurité privées engagées pour protéger des bureaux gouvernementaux?**
3. **Quels sont les différents modes de fourniture de services qui constituent le «commerce de services»?**
4. **Les tarifs applicables aux services de transport des céréales par chemin de fer pourraient-ils être couverts par l'AGCS? Justifiez votre réponse.**
5. **Une mesure peut-elle être couverte à la fois par le GATT 1994 et par l'AGCS? Etayez votre réponse par des exemples.**

2. OBLIGATIONS GÉNÉRALES ET DISCIPLINES

Objectifs

A l'issue de ce chapitre, le lecteur sera en mesure:

- **D'analyser et d'évaluer une plainte selon laquelle un Membre de l'OMC a violé une obligation générale de l'AGCS, telle que l'obligation d'accorder un traitement NPF;**
- **De comprendre l'importance des concepts de «services similaires» et de «fournisseurs de services similaires» dans le cadre de règlements de différends sous l'AGCS;**
- **D'invoquer certains types de défense en cas de plainte pour violation des obligations générales de l'AGCS.**

2.1 Introduction

Bien que le champ d'application de l'AGCS soit très large, seul un petit nombre d'obligations substantives clés s'applique de manière générale à l'ensemble des mesures des Membres affectant le commerce des services. Ces obligations sont répertoriées dans la Partie II: Obligations générales et disciplines de l'AGCS. Parmi celles-ci, l'obligation substantive la plus importante, qui s'applique à toutes les mesures affectant le commerce des services, est l'obligation faite aux Membres d'accorder un traitement NPF, c'est-à-dire d'accorder *aux services et fournisseurs de services* de tout autre Membre un *traitement non moins favorable* que celui que le Membre accorde aux *services similaires et fournisseurs de services similaires* de tout autre pays.

Cette Partie établit également certaines obligations de transparence générales et prévoit des exceptions importantes pour certains accords d'intégration économique et d'intégration des marchés du travail qui satisfont aux conditions prescrites. Elle renferme en outre des dispositions conçues pour assurer la transparence et un traitement équitable dans des domaines tels que la réglementation intérieure, la reconnaissance des normes et des critères d'autorisation, de licence et de certification des fournisseurs de services, les monopoles et les fournisseurs de services exclusifs, les pratiques commerciales, les paiements et les transferts et les marchés publics.

Certaines dispositions prévoient l'imposition de restrictions sur le commerce des services en cas de graves difficultés financières extérieures ou relatives à la balance des paiements ainsi que des exceptions de nature générale et sécuritaire qui apportent une justification juridique aux mesures prises pour protéger certains objectifs déclarés de politique sociale, environnementale ou de sécurité. Les dispositions prévues dans cette Partie autorisent finalement des négociations supplémentaires dans des domaines tels que la réglementation intérieure, les mesures de sauvegarde d'urgence, les subventions et les marchés publics.

2.2 Traitement NPF

L'Article II de l'AGCS prévoit que chaque Membre doit «accorder immédiatement et sans conditions aux services et fournisseurs de services de tout autre Membre un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux services similaires et fournisseurs de services similaires de tout autre pays». Cette obligation NPF s'applique généralement à tous les services et fournisseurs de services (quel que soit le mode de fourniture), sauf lorsque des exemptions NPF sont inscrites dans la liste des Exemptions NPF de la Liste d'un Membre conformément aux conditions générales de l'Annexe sur les Exemptions des obligations énoncées à l'Article II.

Article I:3 (c)

Article XXVIII(g) Les termes clés qui doivent être pris en considération aux fins d'interprétation de l'obligation NPF sont: «services», «fournisseurs de services» et «services et fournisseurs de services similaires». Le terme «services» est défini de manière très large dans l'Article I:3(c) de l'AGCS afin d'inclure «tout service de tout secteur, exception faite des services fournis dans l'exercice d'un pouvoir gouvernemental.»¹². Un «fournisseur de services» est défini comme «toute personne qui fournit un service» et comprend les personnes physiques et morales ainsi que les fournisseurs de services qui fournissent leurs services par le biais d'une présence commerciale telle qu'une succursale ou un bureau de représentation.

Quel que soit le différend relatif à une plainte sous l'AGCS, on s'attachera d'abord à identifier la nature précise des services concernés. De manière générale, les Membres inscrivent dans leurs Listes des secteurs et sous-secteurs de services conformes à la liste de classification sectorielle des services qui renvoie au système plus détaillé de classification des produits centrale (CPC) des Nations Unies. Dans *EC - Bananas III*, par exemple, la question était de savoir si les services concernés étaient des «services de commerce de distribution», un secteur relativement large, ou des «services de commerce de gros», un sous-secteur plus étroit, tel que décrit dans une note en tête de la section 6 de la CPC.¹³ Il est également nécessaire d'identifier les *modes de fourniture* pertinents du service et la nature des *fournisseurs* du service. Cette tâche n'est pas aussi simple qu'il y paraît.

Dans *EC - Bananas III*, l'Organe d'appel a précisé que l'obligation NPF prévue à l'Article II de l'AGCS s'applique à la fois à la discrimination *de jure* et *de facto*. On peut dire d'une mesure qu'elle établit une discrimination *de jure* lorsqu'il apparaît clairement à la lecture des textes législatifs, des réglementations ou des politiques qu'elle prévoit une discrimination entre les services ou fournisseurs de services de différents pays. Si les textes législatifs, les réglementations ou les politiques ne semblent pas à première vue établir de discrimination, on pourra cependant juger que la mesure établit une discrimination *de facto* si à l'examen de

¹² Voir chapitre 2 de ce module pages 10-11 pour la discussion de ce terme.

¹³ *Rapport de l'Organe d'appel, EC - Bananas III*, supra. Note 7, par. 223-228. *Rapports du Groupe spécial, EC - Bananas III*, WT/DS27/R/ECU, WT/DS27/R/USA, WT/DS27/R/MEX, supra. note 10, par. 7. 287 - 7.293

tous les faits relatifs à l'application de la mesure, il s'avère évident que celle-ci établit une discrimination dans la pratique ou dans les faits.

Dans ce cas, l'Organe d'appel a stipulé ce qui suit:

L'obligation imposée par l'Article II n'est pas qualifiée. La signification ordinaire de cette disposition n'exclut pas une discrimination de facto. En outre, si l'Article II n'était pas applicable à la discrimination de facto, il ne serait pas difficile, et il serait même beaucoup plus facile dans le cas du commerce des services, plutôt que du commerce des biens, d'imaginer des mesures discriminatoires visant à contourner l'objectif de base de cet Article.¹⁴

Afin de déterminer si des services ou des fournisseurs de services de différents pays - par exemple un pays A et un pays B - font l'objet d'une discrimination, on devra examiner: 1) l'origine des services et/ou des fournisseurs de services; et 2) si les services et/ou les fournisseurs de services du pays A et du pays B sont «similaires». En ce qui concerne la fourniture de services transfrontière (Mode 1), le lieu d'implantation du fournisseur de services est essentiel pour déterminer l'origine du service. En d'autres termes, si les fournisseurs du service en question sont basés dans le pays A aussi bien que dans le pays B, l'origine du service sera alors la même que le lieu d'implantation du fournisseur de services. Si un service est fourni par le biais d'une présence commerciale (Mode 3), le facteur clé pour déterminer l'origine du service sera l'origine du fournisseur.

Article XXVIII

La terminologie utilisée dans l'AGCS renvoie à «un fournisseur de services d'un autre Membre» qui peut inclure soit une «personne physique d'un autre Membre» soit une «personne morale» d'un autre membre. Une «personne physique d'un autre Membre» est définie comme une personne physique qui réside sur le territoire de cet autre Membre ou un ressortissant, ou, dans certains cas, une personne qui a le droit de résidence permanente dans cet autre Membre. Une «personne morale d'un autre membre» peut être soit: 1) une personne morale qui est constituée ou autrement organisée conformément à la législation de cet autre Membre et qui effectue d'importantes opérations commerciales sur le territoire de ce Membre ou 2) dans le cas de la fourniture d'un service grâce à une présence commerciale, une personne morale qui est détenue ou contrôlée par des personnes physiques ou morales de cet autre Membre.

La question de savoir si les services ou les fournisseurs de services de différents Membres sont «similaires» n'a été abordée de manière périphérique que lors d'un seul différend de l'OMC à ce jour. Bien que l'on puisse de toute évidence tirer des enseignements de l'interprétation du terme «produits similaires» dans les dispositions d'autres accords, tels que l'Article III:2 et l'Article III:4 du GATT 1994, les termes «services similaires» et «fournisseurs de services similaires» pris dans le contexte de l'AGCS posent des problèmes conceptuels beaucoup plus difficiles.

¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel, EC -Bananas III, supra. Note 7, par. 233

Dans *EC - Bananas III*, le groupe spécial a estimé que:

...la nature et les caractéristiques des transactions de gros en tant que telles, ainsi que chacun des différents services subordonnés mentionnés dans la note en tête de la section 6 de la CPC sont «similaires» lorsqu'ils sont fournis en rapport avec des services de gros, indépendamment du fait que ces services puissent être fournis par rapport à des bananes communautaires et d'origine ACP traditionnelle d'un côté ou par rapport à des bananes de pays tiers ou d'origine ACP non traditionnelle de l'autre. En effet, il semble que chacune des différentes activités de service prises individuellement est virtuellement la même et ne peut être distinguée qu'en se référant à l'origine des bananes par rapport auxquelles l'activité de service est exécutée. De la même façon,.... dans la mesure où des entités fournissent ces services similaires, ce sont des fournisseurs de services similaires.¹⁵

Il semble raisonnablement évident que des services qui sont identiques ou semblables entre eux soient considérés comme «similaires». Afin de déterminer la «similarité» des services, il sera cependant nécessaire d'examiner, dans les faits, les caractéristiques du service, sa classification et sa description dans la CPC et de procéder à une analyse des préférences des consommateurs.

Dans *EC - Bananas III*, le groupe spécial a conclu que les transactions de gros et les services subordonnés décrits dans la note en tête de la section 6 de la CPC étaient «similaires» lorsqu'ils étaient fournis par rapport à des bananes provenant de certains pays via le même type de services de gros fournis par rapport à des bananes provenant d'autres pays. Le groupe spécial, cependant, a également supposé que dans le cas de fournisseurs fournissant des services «similaires», ces fournisseurs étaient également des «fournisseurs de services similaires». Aucun litige à ce jour, autre que le premier rapport du groupe spécial dans *EC - Bananas III*, ne s'est penché sur la question de savoir si des services étaient des «services similaires» ou si des fournisseurs de services étaient des «fournisseurs de services similaires».

La situation pourrait être beaucoup plus complexe dans les cas où il n'est pas aussi évident que tous les fournisseurs de services fournissant des services identiques ou similaires soient nécessairement des «fournisseurs de services similaires». Outre les caractéristiques des services assurés par les fournisseurs de services, d'autres facteurs, propres aux fournisseurs, pourraient démontrer que les fournisseurs ne sont pas «similaires». Parmi ces facteurs, citons notamment la taille des entreprises, les types d'avoirs qu'elles détiennent, la nature de leurs activités technologiques ou, dans le cas de professionnels, leur éducation et leur formation. Il pourrait y avoir des situations dans lesquelles les fournisseurs de services, vus sous l'angle des facteurs propres aux fournisseurs plutôt que des caractéristiques du service, diffèrent suffisamment les uns des autres pour ne pas être considérés comme «similaires».

¹⁵ Rapport du Groupe spécial, *EC - Bananas III*, supra. Note 10, par. 7. 322.

Dans *Canada - Autos*, l'Organe d'appel a stipulé que l'analyse qui vise à déterminer si une mesure est ou non compatible avec l'Article II:1 de l'AGCS doit se dérouler en plusieurs étapes. On s'efforcera tout d'abord de déterminer si la mesure est couverte par l'AGCS en vertu de l'Article I:1. Cette approche exige de démontrer qu'il y a «commerce de services» par le biais de l'un des quatre modes de fourniture et que la mesure en question «affecte» par ailleurs ce commerce de services. Une fois cette démonstration effectuée, l'étape suivante consistera à comparer, dans les faits, le traitement par le Membre concerné des services ou des fournisseurs de services en question d'un Membre au traitement de «services similaires» ou de «fournisseurs de services similaires» de tout autre pays. Dans *Canada - Autos*, l'Organe d'appel a souligné que les groupes spéciaux devaient veiller à analyser l'effet de toute mesure sur les conditions de concurrence parmi les fournisseurs de services «en leur capacité de fournisseurs de services»¹⁶.

L'Obligation NPF de l'Article II:1 s'applique à la fois à la discrimination *de jure* et *de facto*, tel qu'il l'a été déterminé par l'Organe d'appel dans *EC - Bananas III*.¹⁷

Par conséquent, afin de déterminer si des services ou fournisseurs de services d'un Membre ont ou non été traités moins favorablement que les services ou fournisseurs de services d'un autre pays, le groupe spécial devra analyser, dans les faits, si la mesure a modifié, ou a le potentiel de modifier, les conditions de concurrence entre les services ou fournisseurs de services d'un Membre par rapport aux services similaires ou fournisseurs de services similaires d'un autre pays. Cette analyse devra nécessairement se reposer sur des faits.

En conclusion, il est important de noter que l'obligation NPF de l'Article II:1 s'applique de manière très large à toutes les «mesures de Membres affectant le commerce des services» dans tous les secteurs de services, à l'exception importante des services fournis dans l'exercice d'un pouvoir gouvernemental, et des mesures inscrites dans la Liste d'un Membre, conformément aux conditions de l'Annexe sur les Exemptions des obligations énoncées à l'Article II, mesures qui comprennent notamment les subventions.

2.3 Transparence

Article III

L'une des obligations générales de l'Article III de l'AGCS exige de chaque Membre qu'il «publie dans les moindres délais» «toutes les mesures d'application générale pertinentes qui visent ou qui affectent le fonctionnement» de l'AGCS. Les Membres sont tenus «dans les moindres délais et au moins chaque année» d'informer le Conseil du commerce des services de l'adoption de toutes les nouvelles lois, réglementations ou directives administratives ou de toutes les modifications des lois, réglementations ou directives administratives qui «affectent notablement le commerce des services visés par les engagements spécifiques qu'il a contractés» au titre de cet accord. Les Membres sont

¹⁶ *Rapport de l'Organe d'appel, Canada - Autos*, supra. Note 2, par. 181

¹⁷ *Rapport de l'Organe d'appel, EC - Bananas III*, supra. Note 7, par. 234

également tenus de répondre dans les moindres délais à toutes les demandes de renseignements spécifiques émanant des autres Membres concernant telle ou telle de leurs mesures d'application générale et d'établir également des points d'information chargés de fournir tels renseignements spécifiques aux autres Membres.

2.4 Participation croissante des pays en développement

Article IV

L'Article IV de l'AGCS reconnaît les besoins spéciaux des pays en développement et notamment des pays les moins développés. La participation croissante des pays en développement Membres au commerce des services mondial doit être en particulier facilitée par le biais d'engagements spécifiques négociés, contractés par différents Membres dans leurs listes, et se rapportant: au renforcement de la capacité nationale des pays en développement à fournir des services ainsi que de l'efficience et de la compétitivité de ce secteur, entre autres choses, par un accès à la technologie; à l'amélioration de l'accès des pays en développement aux circuits de distribution et aux réseaux d'information; et à la libéralisation de l'accès aux marchés dans les secteurs et pour les modes de fourniture qui intéressent les pays en développement du point de vue des exportations.

Une priorité spéciale sera accordée aux pays les moins développés et il sera tenu compte en particulier des graves difficultés que de tels pays ont à accepter des engagements spécifiques négociés en raison de leur situation économique spéciale et des besoins de leur développement, de leur commerce et de leurs finances.

2.5 Accords d'intégration économique et d'intégration des marchés du travail

Article V:1

L'Article V de l'AGCS autorise des accords d'intégration économique, ou régionaux, mais à la condition seulement que de tels accords: (a) couvrent un nombre substantiel de secteurs (cette condition s'entend du point de vue du nombre de secteurs, du volume des échanges affectés et des modes de fourniture); et (b) prévoient l'absence ou l'élimination pour l'essentiel de toute discrimination, au sens du traitement national, entre ou parmi les parties dans tous les secteurs visés, soit à l'entrée en vigueur dudit accord, soit sur la base d'un calendrier raisonnable.

Article V:3

Dans les cas où les pays en développement sont parties à un accord d'intégration économique, une certaine flexibilité leur sera ménagée pour ce qui est des conditions énoncées plus haut, en particulier en ce qui concerne l'alinéa (b) ci-dessus en fonction de leur niveau de développement tant global que par secteurs et sous-secteurs.

Article V:4

Une obligation, similaire à la disposition de l'Article XXIV du GATT 1994, prévoit également que tout accord de ce type sera destiné à faciliter les échanges

entre les parties à l'accord et ne relèvera pas, à l'égard de tout Membre en dehors de l'accord, le niveau général des obstacles au commerce des services.

Article V:5 bis L'AGCS n'interdit pas non plus à aucun de ses Membres d'être partie à un accord établissant une intégration totale des marchés du travail entre deux Membres ou plus, à condition que cet accord: (a) exempte les citoyens des parties à l'accord de toutes prescriptions concernant les permis de séjour et de travail; et (b) soit notifié au Conseil du commerce des services.

2.6 Réglementation intérieure et reconnaissance

Le préambule de l'AGCS reconnaît spécifiquement que les Membres ont «le droit de réglementer la fourniture de services sur leur territoire et d'introduire de nouvelles réglementations à cet égard afin de répondre à des objectifs de politique nationale.» Par ailleurs, le «besoin particulier» des pays en développement à cet égard est notamment reconnu. L'Article VI établit plusieurs disciplines générales destinées à protéger le droit légitime des Membres de réglementer afin de répondre à certains objectifs de politique publique, tout en s'assurant, parallèlement, que les mesures relatives aux prescriptions et procédures en matière de qualifications, aux normes techniques et aux prescriptions en matière de licence ne constituent pas des obstacles non nécessaires au commerce des services.

Article VI:1 L'Article VI de l'AGCS contient des obligations de nature très générale qui imposent aux Membres de se conformer à des principes fondamentaux de base en matière de transparence et de traitement équitable. Dans les secteurs où des engagements spécifiques sont contractés, chaque Membre doit faire en sorte que toutes les mesures d'application générale qui affectent le commerce des services soient «administrées d'une manière raisonnable, objective et impartiale».

Article VI:2 Les Membres sont également tenus de maintenir ou d'instituer des tribunaux ou des procédures judiciaires, arbitraux ou administratifs qui permettront, à la demande d'un fournisseur de services affecté, de réviser dans les moindres délais les décisions administratives affectant le commerce des services et de prendre des mesures correctives appropriées.

Article VI:4 Le Conseil du commerce des services a été chargé de développer les disciplines nécessaires visant à assurer que les mesures en rapport avec les prescriptions et procédures en matière de qualifications, les normes techniques et les prescriptions en matière de licence ne constituent pas «des obstacles non nécessaires au commerce des services». Ces disciplines, qui sont actuellement en cours de négociations dans le Cycle de Doha, viseront à faire en sorte que ces prescriptions, entre autres choses: (a) soient fondées sur des critères objectifs et transparents, tels que la compétence et l'aptitude à fournir le service; (b) ne soient pas plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire pour assurer la qualité du service; et (c) dans le cas de procédures de licence, ne constituent pas en soi une restriction à la fourniture du service.

Article VI:5 Dans les secteurs où un Membre a contracté des engagements spécifiques, et en l'attente de la conclusion des négociations multilatérales sur les disciplines relatives aux prescriptions et aux procédures en matière de qualifications, aux normes techniques et aux prescriptions en matière de licence, chaque Membre sera dans l'obligation de ne pas appliquer de prescriptions en matière de licences et de qualifications ni de normes techniques d'une manière qui n'est pas conforme aux critères indiqués aux alinéas (a), (b) ou (c) de l'Article VI:4 susmentionné, et à laquelle on n'aurait raisonnablement pas pu s'attendre de la part de ce Membre au moment où les engagements spécifiques dans ces secteurs ont été pris.

Article VII:1,3 L'Article VII de l'AGCS encourage les Membres à contracter des accords ou arrangements réciproques avec les autres Membres en vue de reconnaître l'éducation ou l'expérience acquise, les prescriptions remplies ou les licences ou certificats accordés dans un pays déterminé. En outre, les Membres ne doivent pas reconnaître ces normes, éducation, certificats ou licences d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination entre les pays dans l'application de ses normes ou critères concernant la délivrance d'autorisations, de licences ou de certificats pour les fournisseurs de services, ou une restriction déguisée au commerce des services.

Article VII:5 Les Membres sont également encouragés à travailler en collaboration avec les organisations intergouvernementales et non gouvernementales compétentes à l'établissement et à l'adoption de normes et critères internationaux communs pour la reconnaissance et pour l'exercice des activités et professions pertinentes. Des négociations sont actuellement en cours dans le cadre de l'AGCS par rapport à plusieurs secteurs de services professionnels sur des aspects de réglementation intérieure et de reconnaissance des normes et des prescriptions de licences et de certificats.

2.7 Monopoles et fournisseurs exclusifs de services;

Pratiques commerciales restrictives

Article VIII En ce qui concerne les monopoles et les fournisseurs de services exclusifs, chaque Membre doit faire en sorte que tout fournisseur monopolistique d'un service sur son territoire n'agisse pas d'une manière incompatible avec les obligations NPF du Membre et ses engagements spécifiques. Par ailleurs, dans le cas où tout fournisseur monopolistique d'un Membre entre en concurrence, soit directement, soit indirectement, pour la fourniture d'un service se situant hors du champ de ses droits monopolistiques, ce Membre fera en sorte que ce fournisseur n'abuse pas de sa position monopolistique pour agir sur son territoire d'une manière incompatible avec les engagements de ce Membre dans le cadre de l'AGCS. Ces dispositions s'appliquent également aux fournisseurs exclusifs de services aux cas dans lesquels un Membre, en droit ou en fait, autorise ou établit un petit nombre de fournisseurs de services et empêche substantiellement la concurrence entre ces fournisseurs sur son territoire.

Article IX Les Membres reconnaissent également que certaines pratiques commerciales des fournisseurs de services peuvent limiter la concurrence et par là restreindre le

commerce des services. Chaque Membre se prêtera, à la demande de tout autre Membre, à des consultations en vue d'éliminer telles pratiques commerciales restrictives.

2.8 Paiements et transfert; Restrictions destinées à protéger la balance des paiements

Article XII Tout comme pour le GATT 1994, l'une des dispositions de l'AGCS permet à un Membre d'adopter des restrictions au commerce de services pour lesquels il a contracté des engagements spécifiques, en cas de menace de ou de graves difficultés extérieures ou relatives à la balance des paiements. Cela ne s'applique qu'aux services pour lesquels ce Membre a pris des engagements spécifiques. Cet Article reconnaît les pressions s'exerçant sur la balance des paiements, notamment pour les pays en développement ou les pays engagés dans un processus de transition économique. Toutes restrictions adoptées pour des raisons de balance de paiement cependant: (a) n'établiront pas de discrimination entre les Membres; (b) seront compatibles avec les *Statuts du Fonds Monétaire international*; (c) éviteront de léser inutilement les intérêts commerciaux, économiques et financiers de tout autre Membre; (d) n'iront pas au-delà de ce qui est nécessaire pour faire face aux graves difficultés extérieures ou relatives à la balance des paiements qui ont entraîné leur imposition; et (e) seront temporaires et seront supprimées progressivement au fur et à mesure que la situation s'améliorera.

Article XI Sauf dans les cas envisagés ci-dessus, un Membre n'appliquera pas de restrictions aux transferts et paiements internationaux concernant les transactions courantes ayant un rapport avec ses engagements spécifiques.

2.9 Mesures de sauvegarde d'urgence; Subventions; Marchés publics

*Articles X, XIII
et XV*

L'AGCS ne contient pas de disciplines substantives en ce qui concerne les mesures de sauvegarde d'urgence, les subventions et les marchés publics. Cependant, des négociations multilatérales auront lieu sur ces sujets et sont actuellement à l'ordre du jour du Cycle de Doha.

2.10 Exceptions générales et exceptions concernant la sécurité

Article XIV L'Article XIV de l'AGCS prévoit certaines exceptions générales aux obligations et aux engagements contractés dans le cadre de cet accord. Cette disposition présente de nombreuses similitudes avec l'Article XX du GATT 1994, même si elle s'en distingue par des différences importantes. L'Article XIV prévoit essentiellement des exceptions aux obligations et engagements contractés dans le cadre de l'AGCS pour toutes les mesures prises par un Membre qui sont nécessaires pour protéger ou maintenir certains objectifs de politique publique spécifiés. Ces exceptions sont soumises à la condition générale du chapeau qui stipule que ces mesures ne «doivent pas être appliquées de façon à constituer un

moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services».

Les termes exacts de l'Article XIV sont les suivants:

Article XIV
Exceptions
générales

Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services, aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application de tout Membre de mesures:

- (a) nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public;*
- (b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux;*
- (c) nécessaires pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord, y compris celles qui se rapportent:

 - (i) à la prévention des pratiques de nature à induire en erreur ou frauduleuses ou aux moyens de remédier aux effets d'un manquement à des contrats de services;*
 - (ii) à la protection de la vie privée des personnes pour ce qui est du traitement et de la dissémination de données personnelles, ainsi qu'à la protection du caractère confidentiel des dossiers et comptes personnels;*
 - (iii) à la sécurité;**
- (d) incompatibles avec l'article XVII, à la condition que la différence de traitement vise à assurer l'imposition ou le recouvrement équitable ou effectif d'impôts directs pour ce qui est des services ou des fournisseurs de services d'autres Membres;*
- (e) incompatibles avec l'Article II, à condition que la différence de traitement découle d'un accord visant à éviter la double imposition ou de dispositions visant à éviter la double imposition figurant dans tout autre accord ou arrangement international par lequel le Membre est lié.*

Dans tout règlement de différend, portant sur une plainte formulée à l'encontre d'un Membre par rapport à ses obligations ou engagements spécifiques sous l'AGCS, le Membre défendeur pourra invoquer l'une des exceptions figurant à l'Article XIV pour sa défense. La charge de la preuve en cas d'invocation d'une exception incombe à la partie souhaitant l'invoquer. Afin de pouvoir bénéficier de cette défense, la partie défenderesse devra tout d'abord faire la preuve que sa mesure satisfait aux prescriptions de l'un des paragraphes énumérés.

Par exemple, si une partie souhaite invoquer le paragraphe (a) de l'Article XIV, il lui appartient de prouver que cette mesure est «nécessaire à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public». Cette disposition n'a jamais été interprétée, pas plus par ailleurs qu'une disposition similaire de l'Article XX(a) du GATT 1994. En ce qui concerne la justification «d'ordre public», une

note en bas de page relative au paragraphe (a) précise que «l'exception concernant l'ordre public ne peut être invoquée que dans les cas où une menace véritable et suffisamment grave pèse sur l'un des intérêts fondamentaux de la société».

Le terme «nécessaire» apparaît également dans plusieurs paragraphes de l'Article XX du GATT 1994. On peut raisonnablement supposer que les décisions qui interprètent le terme «nécessaire» dans le contexte de l'Article XX du GATT 1994 puissent également s'appliquer à l'interprétation de ce même terme à l'article XIV de l'AGCS. Dans *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef* («Korea - Beef»), l'Organe d'appel a stipulé que:

«Tel qu'utilisé dans l'Article XX(d), le terme «nécessaire» renvoie, en notre opinion, à une échelle de degrés de nécessité. A l'une des extrémités de ce continuum, on trouve le terme «nécessaire» dans le sens d'indispensable, de l'autre, on trouve le terme «nécessaire» pris dans le sens de «apportant une contribution à». Nous estimons qu'une mesure «nécessaire», se situe, dans ce continuum, considérablement plus près du pôle «indispensable» que du pôle opposé consistant à «apporter simplement une contribution».¹⁸

Par conséquent, afin de démontrer qu'une mesure est «nécessaire» pour protéger la moralité publique, la partie défenderesse devra faire la preuve que cette mesure est quasiment «indispensable» à l'objectif de politique publique visant à protéger la moralité publique. D'autres facteurs devront également être pris en compte, notamment l'importance des intérêts ou valeurs communs protégés par la mesure, et les répercussions de cette mesure sur les importations et les exportations. Pour déterminer si une mesure est ou non «nécessaire» pour protéger la moralité publique, la preuve devra être finalement examinée afin d'établir un rapport entre cette même mesure et l'objectif de politique publique qu'elle entend protéger.¹⁹

Finalement, afin de pouvoir justifier une mesure en invoquant l'Article XIV de l'AGCS, la partie défenderesse devra prouver que la mesure adoptée satisfait aux prescriptions du chapeau de cet Article. En d'autres mot, la partie défenderesse devra apporter la preuve que cette mesure n'est «pas appliquée de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services». Les termes employés sont presque identiques à ceux du chapeau de l'Article XX du GATT 1994. L'Organe d'appel a interprété le chapeau de cette dernière disposition dans *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* («US - Gasoline») et *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* («US - Shrimp»).²⁰

Dans *US - Gasoline*, l'Organe d'appel a interprété le chapeau de l'Article XX du GATT 1994 comme suit:

¹⁸ Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopté le 10 janvier 2001, par. 161.

¹⁹ Ibid. par. 164.

²⁰ Rapport de l'Organe d'appel *US - Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996; Rapport de l'Organe d'appel: *US - Shrimp*, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998.

*Les expressions «Discrimination arbitraire», «discrimination injustifiable» et «restriction déguisée» du commerce international peuvent être, en conséquence, interprétées côte à côte, dans la mesure où elles se confèrent mutuellement un sens. Il est clair pour nous qu'une «restriction déguisée» comprend une discrimination déguisée en matière de commerce international. Il est également clair qu'une restriction ou discrimination dissimulée ou non annoncée en matière de commerce international n'épuise pas le sens de «restriction déguisée». Nous estimons qu'une «restriction déguisée», quel que soit ce qu'elle vise, peut être correctement interprétée comme englobant des restrictions équivalant à une discrimination arbitraire ou injustifiable en matière de commerce international, déguisée en tant que mesure prise selon les termes d'une exception listée à l'article XX. En d'autres termes, les types de considérations pertinentes visant à décider si l'application d'une mesure particulière équivaut à une «discrimination arbitraire ou injustifiable» pourront également être pris en compte afin de déterminer la présence d'une «restriction déguisée» en matière de commerce international. **Le thème fondamental réside dans le but et l'objectif d'éviter un usage abusif ou non légitime des exceptions aux règles substantives disponibles sous l'Article XX.**²¹*

Bien qu'il ne soit guère aisé de démontrer une exception générale dans le contexte de l'Article XIV de l'AGCS, cette disposition pourra, dans certains cas, fournir une justification à une mesure qui serait sinon incompatible avec les obligations et engagements spécifiques d'un Membre dans le cadre de l'AGCS. Bien qu'il n'y ait pas encore eu à ce jour de litiges dans laquelle la partie défenderesse ait bâti sa défense sur l'Article XIV de l'AGCS, des termes similaires ont été interprétés dans le contexte de l'Article XX du GATT 1994 à l'occasion de quelques litiges importants et l'on pourrait tirer de nombreux enseignements de la jurisprudence relative à l'Article XX.

Article XIV bis

L'Article XIV bis prévoit également des exceptions concernant la sécurité aux obligations et engagements spécifiques contractés dans le cadre de l'AGCS. Il prévoit une exception pour toute mesure estimée nécessaire par un Membre pour protéger les intérêts essentiels de sa sécurité ou toute mesure prise en application des engagements d'un Membre au titre de la Charte des Nations Unies en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales. Les termes de cette disposition sont identiques à ceux de l'Article XXI du GATT 1994. Aucune de ces dispositions n'a cependant fait l'objet d'une interprétation dans le cadre d'un règlement de différend à ce jour.

2.11 Testez votre compréhension

- 1. Quelle est la signification du traitement NPF dans le contexte de l'AGCS?**
- 2. Comment définirez-vous des «services similaires» et des «fournisseurs de services similaires» dans le cadre de l'AGCS? Pourquoi ces termes sont-ils importants?**

²¹ Rapport de l'Organe d'appel US - Gasoline, supra. note 20, page 25

3. **Décrivez les obligations générales en termes de réglementation intérieure. Quelle est leur signification?**
4. **L'AGCS contient-il des règles relatives aux subventions? Les subventions sont-elles considérées comme des «mesures» actuellement visées par les obligations de l'AGCS? Quelles sont les obligations applicables?**
5. **Quelles sont les exceptions générales prévues par l'AGCS et dans quelles circonstances peuvent-elles être invoquées?**

3. ENGAGEMENTS SPECIFIQUES

Objectifs

A l'issue de ce chapitre, le lecteur sera en mesure:

- d'évaluer les plaintes formulées dans le cadre de règlements de différends et portant sur des engagements spécifiques en matière d'accès aux marchés ou de traitement national par des Membres de l'OMC;
- de comprendre et d'analyser les engagements spécifiques inscrits dans les Listes AGCS des Membres;
- d'expliquer comment apporter des modifications aux engagements spécifiques contenus dans les Listes des Membres.

3.1 Introduction

A la différence du GATT 1994, les obligations contenues dans la Partie III de l'AGCS relatives à l'accès aux marchés, au traitement national et aux engagements additionnels ne s'appliquent que dans la mesure où un Membre a inscrit ces engagements spécifiques par rapport à des secteurs de services particuliers²² dans sa Liste d'engagements spécifiques («Liste»).

Les engagements en termes d'accès aux marchés pour des secteurs de service spécifiques sont semblables aux concessions d'accès aux marchés faites dans les Listes des Membres du GATT 1994. Il ont un caractère obligatoire et prescrivent le traitement *minimum* qui doit être accordé à un service ou un fournisseur de services étranger par le Membre concerné. Dans la pratique, le Membre peut toujours accorder un traitement meilleur que celui qu'il s'est engagé à appliquer dans sa Liste. Un engagement spécifique, accompagné de toutes les conditions, prescriptions ou limitations particulières inscrites dans la colonne pertinente, renvoie au traitement minimum que le Membre est tenu d'accorder par rapport à ce secteur de services à des services ou fournisseurs de services étrangers.

Le principe de traitement national, qui est une pierre de voûte de l'AGCS, est appliqué de manière très différente à celui du GATT 1994. Dans l'AGCS, le principe fondamental de non-discrimination s'applique uniquement aux secteurs de service spécifiquement désignés par le Membre dans sa Liste.

Même lorsqu'un Membre décide de souscrire des engagements spécifiques en matière d'accès aux marchés ou de traitement national pour certains secteurs de service spécifiques, de tels engagements peuvent être sujets à certaines conditions, prescriptions et limitations spécifiées dans les colonnes pertinentes de sa Liste. Il est par conséquent impossible de comprendre les obligations d'un Membre en termes notamment d'accès aux marchés et de traitement national sans

²² Le terme « secteur » de services est défini dans l'Article XVIII(e) de l'AGCS comme « (i) en rapport avec un engagement spécifique, d'un ou de plusieurs sous-secteurs de ce service ou de la totalité des sous-secteurs de ce service, ainsi qu'il est spécifié dans la Liste du Membre, (ii) autrement, de l'ensemble de ce secteur de service, y compris la totalité de ses sous-secteurs. »

se référer aux engagements spécifiques pris concernant des secteurs de services spécifiques dans la Liste de ce Membre.

3.2 Accès aux marchés

Article XVI

L'article XVI de l'AGCS prévoit que chaque Membre doit souscrire des engagements concernant l'accès aux marchés par rapport à des secteurs de service spécifiques en les inscrivant dans sa Liste. A l'inverse des obligations générales, qui s'appliquent à tous les services et fournisseurs de services, les engagements concernant l'accès aux marchés sont limités dans leur application aux secteurs de service inscrits dans la Liste d'un Membre. Un Membre ne sera soumis à aucun engagement en matière d'accès aux marchés pour les secteurs qui ne sont pas inclus dans sa Liste.

L'expression «accès aux marchés» n'a pas la même signification dans le contexte de l'AGCS et du GATT 1994, dans la mesure où cet accord régit le commerce des biens. Les règles du GATT 1994 reflètent la nécessité de transporter physiquement les biens depuis leur pays de provenance vers le pays de destination à des fins de commerce. Lorsque les négociateurs ont envisagé de libéraliser le commerce des services, il est apparu que les services pouvaient être échangés de *plusieurs manières différentes* par rapport aux biens. L'Article I de l'AGCS définit pour cette raison le commerce des services selon quatre modes de fourniture.²³

Etant donné que le commerce des services international peut s'accomplir selon quatre modes de fourniture différents, l'accès aux marchés dans le contexte de l'AGCS dépasse le cadre de la simple importation d'un service vers le marché où il sera consommé. Le mode I (fourniture transfrontière) examine le mouvement à travers la frontière du service depuis un fournisseur situé dans un pays vers un consommateur situé dans un autre pays, ce mouvement étant similaire au commerce des biens. Les modes 2, 3 et 4 examinent cependant les mouvements du consommateur du service, du capital ou du fournisseur de services depuis le territoire d'un Membre vers le territoire d'un autre Membre. Un Membre désireux de souscrire des engagements concernant l'accès aux marchés par rapport à des secteurs de services spécifiques dans le contexte de l'AGCS doit donc identifier et inscrire chacun des quatre modes de fourniture.

Article XVI:1

Le paragraphe 1 de l'Article XVI exige de chaque Membre qu'il accorde, en ce qui concerne l'accès aux marchés par le biais des mode de fourniture identifiés à l'Article 1, *un traitement qui ne sera pas moins favorable* que celui qui est prévu en application des modalités, limitations et conditions convenues et spécifiées dans sa Liste. Cette obligation est similaire à celle contenue dans l'Article II du GATT 1994. En inscrivant un engagement concernant l'accès aux marchés pour un secteur de services particulier, un Membre s'engage à offrir le traitement *minimum* qu'il est tenu d'accorder à des services ou fournisseurs de services étrangers dans ce secteur de services. Dans la pratique, le Membre peut toujours accorder toujours le niveau de traitement qu'il accorde à des services ou

²³ Voir chapitre 2 de ce module, pages 8-10

fournisseurs de services étrangers par rapport aux engagements contractés dans sa Liste.

Article XVI:2

Le paragraphe 2 de l'Article XVI décrit le fonctionnement des engagements concernant l'accès aux marchés. En ce qui concerne les secteurs de service inscrits dans sa Liste, le Membre s'engage à ne pas maintenir ni adopter les limitations ou restrictions en matière d'accès aux marchés qui sont spécifiées aux six alinéas du paragraphe 2, à moins qu'il ne soit spécifié autrement dans sa Liste. Dans les secteurs pour lesquels le Membre a contracté des engagements en matière d'accès aux marchés, la liste contenue au paragraphe 2 constitue une liste des limitations et des restrictions qui seraient autrement incompatibles avec l'AGCS, à moins que le Membre n'ait inscrit des conditions ou prescriptions spécifiques protégeant de telles mesures.

Les six formes de mesures limitant l'accès aux marchés qui ne peuvent pas s'appliquer aux services étrangers et à leurs fournisseurs, à moins que leur usage ne soit prévu dans la Liste d'un Membre, sont:

- (a) limitations concernant le nombre de fournisseurs de services, que ce soit sous forme de contingents numériques, de monopoles, de fournisseurs exclusifs de services ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques;*
- (b) limitations concernant la valeur totale des transactions ou avoirs en rapport avec les services, sous forme de contingents numériques ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques;*
- (c) limitations concernant le nombre total d'opérations de services ou la quantité totale de services produits, exprimées en unités numériques déterminées, sous forme de contingents ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques;*
- (d) limitations concernant le nombre total de personnes physiques qui peuvent être employées dans un secteur de services particulier, ou qu'un fournisseur de services peut employer et qui sont nécessaires pour la fourniture d'un service spécifique et s'en occupent directement, sous forme de contingents numériques ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques;*
- (e) mesures qui restreignent ou prescrivent des types spécifiques d'entités juridiques ou de coentreprise par l'intermédiaire desquels un fournisseur de services peut fournir un service; et*
- (f) limitations concernant la participation du capital étranger, exprimées sous forme d'une limite maximale en pourcentage de la détention d'actions par des étrangers, ou concernant la valeur totale d'investissements étrangers particuliers ou des investissements étrangers.²⁴*

On trouvera ci-dessous quelques exemples de types de restrictions à l'accès aux marchés susceptibles de figurer dans la Liste d'un Membre:

²⁴ AGCS, Article XVI:2

- *Une règle imposant aux fournisseurs de service étrangers de n'établir qu'un nombre spécifié de succursales ou de filiales sur le territoire d'un Membre;*
- *Un plafond concernant le nombre de transactions en rapport avec les services pouvant être contractées avec des fournisseurs de services étrangers;*
- *Une règle imposant aux fournisseurs de services étrangers d'être constitués en société ou de toute autre façon juridique conformément aux lois du Membre;*
- *Des exigences de nationalité pour les fournisseurs de services étrangers ou pour leurs conseils d'administration;*
- *Un limite au temps de diffusion de signaux radio ou de télévision étrangers sur un réseau national;*
- *Des limitations concernant la participation du capital que des ressortissants étrangers peuvent détenir dans un fournisseur de services national.*

Même lorsqu'un secteur est inscrit dans la Liste du Membre, l'Article XVI n'impose pas nécessairement l'obligation d'accorder un accès aux marchés inconditionnel et libre à l'ensemble de services et fournisseurs de services étrangers. En inscrivant des limitations, conditions et prescriptions dans les colonnes correspondantes de leur Liste, les Membres peuvent effectivement adapter la portée des engagements qu'ils contractent de manière à préserver leurs droits de maintenir ou d'adopter des restrictions concernant l'accès aux marchés dans des secteurs spécifiques figurant dans la Liste.

Afin de déterminer si et dans quelle mesure un Membre a contracté des engagements en matière d'accès aux marchés dans un secteur spécifique et par rapport à des modes de fourniture particuliers, il est nécessaire d'examiner soigneusement la Liste de ce Membre. Lorsqu'un Membre contracte un engagement dans un secteur spécifique, sa Liste indiquera, pour chaque mode de fourniture, les limitations ou restrictions qu'il souhaite éventuellement maintenir en termes d'accès aux marchés. Quand le Membre porte la mention «néant», c'est-à-dire aucune limitation, pour un secteur spécifique et un mode de fourniture particulier, cela signifie que ce Membre s'est engagé à accorder un accès total aux marchés dans ce secteur. En d'autres termes, il s'est engagé à ne pas maintenir ni établir de limitations ou de restrictions telles que celles listées à l'Article XVI:2. Lorsqu'un Membre porte la mention «non consolidé» pour un secteur spécifique dans un mode de fourniture donné, cela signifie qu'il n'a contracté aucun engagement par rapport à ce secteur dans ce mode de fourniture.

3.3 Traitement national

Article XVII

Tout comme l'Article XVI de l'AGCS, l'obligation de traitement national prévue à l'Article XVII ne s'applique pas de manière générale à toutes les mesures affectant le commerce des services, mais dépend au contraire des engagements

spécifiques contractés par chaque Membre. Elle s'applique uniquement aux secteurs de services particuliers pour lesquels le Membre a souscrit des engagements spécifiques. Ces engagements sont exposés dans la colonne «traitement national» de la Liste de chaque Membre.

A la différence de l'Article XVI cependant, l'Article XVII n'établit pas la liste définitive des mesures qui seraient constamment incompatibles avec l'obligation de traitement national pour les secteurs listés. Il stipule plutôt que dans les secteurs inscrits dans sa Liste, *et compte tenu des conditions et restrictions qui y sont indiquées*, chaque Membre accordera aux services et fournisseurs de services étrangers, en ce qui concerne toutes les mesures affectant la fourniture de services, *un traitement non moins favorable* que celui qu'il accorde à *ses propres services et fournisseurs de services similaires*.

En ce qui concerne les secteurs pour lesquels un Membre a contracté des engagements, l'obligation de traitement national de l'AGCS est, en principe, similaire à l'obligation de traitement national du GATT 1994. Cette obligation interdit à un Membre de maintenir ou d'imposer une mesure - loi, réglementation, politique ou pratique - qui établit une discrimination à l'encontre de services ou de fournisseurs de services étrangers par rapport à ses propres services ou fournisseurs de services similaires.

Là encore, dans les secteurs pour lesquels il a contracté un engagement en matière de traitement national dans sa Liste, le Membre peut également inscrire des conditions ou prescriptions particulières relatives à ces engagements. En inscrivant des conditions ou prescriptions particulières pour un secteur et un mode de fourniture spécifiques, un Membre pourra ainsi limiter le champ d'application du principe de traitement national par rapport à ce secteur et à ce mode de fourniture. Par conséquent, et comme pour les engagements concernant l'accès aux marchés contractés en vertu de l'Article XVI de l'AGCS, il est impératif, lorsqu'on veut comprendre les engagements en matière de traitement national contractés par un Membre pour un secteur et un mode de fourniture spécifiques de lire et d'analyser soigneusement les inscriptions portées dans la colonne correspondante et sous l'en-tête approprié de la Liste de ce Membre. On se reportera donc aux entrées spécifiques de la Liste d'un Membre pour déterminer la portée et l'étendue des engagements de ce Membre en matière de traitement national par rapport à un secteur spécifique. La Liste de chaque Membre indique les secteurs pour lesquels et les conditions et prescriptions selon lesquelles chaque Membre est disposé à étendre un traitement national à des services et fournisseurs de services étrangers.

Article XVII:2

Le paragraphe 2 de l'Article XVII stipule qu'afin de satisfaire au critère de «traitement non moins favorable», un Membre pourra accorder «soit un traitement formellement identique soit un traitement formellement différent» aux services et fournisseurs de services étrangers par rapport à celui qu'il accorde à ses propres «services similaires et fournisseurs de services similaires». Qu'il soit formellement identique ou formellement différent, le traitement sera «considéré comme étant moins favorable s'il modifie les conditions de concurrence en faveur des services ou fournisseurs de services du Membre par rapport aux services

similaires ou aux fournisseurs similaires de tout autre Membre.»²⁵ Les Membres doivent donc essentiellement faire en sorte de ne pas maintenir ou adopter de mesures qui modifient, en droit ou dans les faits, les conditions de concurrence en faveur des propres services ou fournisseurs de services du Membre.

Dans *EC - Bananas III*, l'Organe d'appel a stipulé ce qui suit:

*Les négociateurs de l'AGCS ont choisi d'utiliser un langage différent dans l'Article XII et l'Article XVII de l'AGCS afin d'exprimer l'obligation d'accorder «un traitement non moins favorable». La question suivante se pose alors naturellement: si les négociateurs de l'AGCS avaient l'intention de conférer exactement le même sens à l'expression «traitement non moins favorable» aux Articles II et XVII de l'AGCS, pourquoi ne pas avoir répété les paragraphes 2 et 3 de l'Article XVII dans l'Article II? La question porte ici sur la signification de «traitement non moins favorable» par rapport à l'obligation NPF de l'Article II de l'AGCS. Il existe plus d'une façon de rédiger une disposition concernant la non discrimination de facto. L'Article XVII de l'AGCS est simplement une des dispositions de l'accord de l'OMC qui imposent l'obligation d'accorder un «traitement non moins favorable».*²⁶

On peut dire d'une mesure qu'elle établit une discrimination *de jure* (en droit) lorsqu'il apparaît clairement à la lecture des textes législatifs, des réglementations ou des politiques qu'elle prévoit une discrimination entre les services ou fournisseurs de services d'autres Membres par rapport aux services ou fournisseurs de services «similaires»²⁷ du Membre maintenant la mesure. Même une mesure ne semble pas à première vue établir de discrimination, on pourra cependant juger qu'elle établit une discrimination de facto si à l'examen de tous les faits relatifs à l'application de la mesure, il s'avère évident qu'elle établit une discrimination dans la pratique.

Par exemple, un gouvernement pourra accorder des subventions à des fournisseurs de services nationaux, mais pas à des fournisseurs de services étrangers. Si cette mesure établit une discrimination basée sur la loi, la réglementation ou le décret qui l'accorde, on dira qu'elle établit une discrimination *de jure*. Si, cependant, la mesure n'établit pas expressément de discrimination, on pourra cependant juger qu'elle établit une discrimination à l'encontre des fournisseurs de services étrangers, si elle modifie dans la pratique les conditions de concurrence en faveur des fournisseurs de services nationaux.²⁸ Dans la pratique, de telles subventions pourraient placer les fournisseurs de services nationaux dans une position concurrentielle avantageuse *vis-à-vis* des

²⁵ AGCS, Article XVII:3

²⁶ Rapport de l'Organe d'appel, *EC - Bananas III*, *supra*. Note 7, par. 223

²⁷ La question de savoir si des services ou fournisseurs de services sont ou non «similaires» est une question juridique très importante. Il n'existe malheureusement à ce jour que fort peu de cas de jurisprudence de la part de l'OMC sur cette question. Veuillez-vous reporter à la section «services et fournisseurs de services similaires» au chapitre 3 de ce module, pages 18-19.

²⁸ A l'inverse de l'Article III:8 du GATT, l'Article XVII de l'AGCS ne contient pas d'exceptions pour certains types de subventions. En outre, il n'existe encore à ce jour aucune discipline spécifique pour les subventions entraînant une distorsion du commerce - ce sujet est actuellement en cours de négociations dans le Cycle de Doha. Voir Article XV de l'AGCS.

fournisseurs d'autres Membres. Les subventions accordées exclusivement aux fournisseurs nationaux ne seront cependant pas incompatibles avec l'Article XVII, si:

- *elles sont accordées dans un secteur de services qui ne figure pas dans la Liste d'un Membre;*
- *même lorsqu'elles sont accordées pour un secteur inscrit dans la Liste, leur utilisation est expressément prévue par des conditions ou prescriptions inscrites dans la Liste d'un Membre; ou*
- *les services ou fournisseurs de services du Membre accordant les subventions ne sont pas «similaires» aux services ou fournisseurs de services étrangers.*

En résumé, l'inscription par un Membre d'engagements spécifiques concernant le traitement national par rapport à des secteurs particuliers lui permet effectivement d'adapter la portée des engagements en matière de traitement national qu'il a contractés de manière à préserver ses droits de maintenir ou d'adopter des mesures accordant un traitement moins favorable ou établissant une discrimination à l'encontre de services et fournisseurs de services étrangers. Afin de déterminer si et dans quelle mesure un Membre a contracté des engagements en matière de traitement national dans un secteur spécifique et par rapport à un mode de fourniture particulier, il est nécessaire d'examiner soigneusement les inscriptions de la Liste de ce Membre.

Lorsqu'un Membre contracte un engagement concernant le traitement national dans un secteur spécifique, la Liste indiquera, pour *chaque mode de fourniture*, les limitations ou restrictions que ce Membre souhaite maintenir par rapport à cet engagement. Quand un Membre a contracté un engagement par rapport à un secteur particulier, mais n'a inscrit aucune condition ni prescription, ce Membre sera dans l'obligation d'accorder aux services et fournisseurs de services étrangers un traitement non moins favorable que le traitement qu'il accorde à ses propres «services et fournisseurs de services similaires» pour ce secteur. L'obligation de traitement national s'applique à la fois aux mesures qui établissent une discrimination *de jure* et aux mesures qui établissent une discrimination *de facto* à l'encontre de services ou fournisseurs de services étrangers.

3.4 Engagements additionnels

Article XVIII

L'Article XVII de l'AGCS autorise les Membres à négocier des «engagements additionnels pour ce qui est des mesures affectant le commerce des services qui ne sont pas inscrites dans les listes en vertu des Articles XVI et XVII.» Ces engagements pourront comprendre, mais sans y être limités, des engagements ayant trait aux qualifications, normes techniques, conditions ou procédures de licence et autres réglementations intérieures telles que celles visées par les Articles VI, VIII et IX de l'AGCS. Ces engagements additionnels devront être inscrits dans la Liste d'un Membre.

Les documents de référence que de nombreux Membres ont inscrits dans leurs Listes à l'issue des négociations sur les services de télécommunications qui se sont déroulées entre 1995 et 1997 constituent un bon exemple d'engagements additionnels. Le document de référence de chaque Membre contient des engagements additionnels en matière de services de télécommunications et fournit certaines sauvegardes concurrentielles sur les marchés où un fournisseur important pourrait affecter matériellement les conditions de prix et d'offre des services de télécommunications de base propres à ces marchés.

3.5 Listes des engagements spécifiques

Les engagements spécifiques contractés par les Membres sont inscrits dans leurs listes AGCS. L'étendue et les conditions d'application des obligations en matière d'accès aux marchés et de traitement national exposées à la Partie III de l'AGCS par rapport aux secteurs de services individuels de tout Membre ne peuvent être évaluées qu'en se reportant aux inscriptions figurant dans la Liste de ce Membre. Les Listes sont jointes en annexes à l'AGCS et font partie intégrantes du texte du traité.²⁹

La section générale de la liste AGCS de tout Membre prend la forme d'entrées classées sur quatre colonnes, spécifiant dans chaque cas:

- *le secteur pour lequel les engagements ont été contractés;*
- *les termes, limitations et conditions relatives à l'accès aux marchés pour chaque secteur listé, désignées selon le mode de fourniture;*
- *les conditions et limitations concernant le traitement national pour chaque secteur listé selon le mode de fourniture;*
- *les engagements additionnels le cas échéant;*
- *si approprié, le calendrier de mise en oeuvre de ces engagements; et*
- *la date d'entrée en vigueur de ces engagements.*³⁰

La section sectorielle de la Liste d'un Membre est précédée par des «engagements horizontaux», c'est-à-dire par une liste des engagements et des limitations qui s'appliquent généralement à tous les secteurs figurant dans la liste. Un grand nombre de ces engagements horizontaux renvoient souvent à des dérogations aux obligations en matière d'accès aux marchés et de traitement national par rapport à des modes de fourniture particuliers, tels que la «présence de personnes physiques». Par exemple, la plupart des Membres ont inscrit des engagements horizontaux visant à restreindre le mouvement des personnes physiques dans les secteurs de services listés aux transferts internes de sociétés, concernant du personnel essentiel ou des visiteurs d'affaires à court terme (c.-à-d. temporaires) qui ne sont pas employés dans le pays d'accueil.

²⁹ AGCS, Article XX

³⁰ Ibid

Les entrées secteur par secteur des Listes indiquent ensuite la nature et l'étendue des engagements que chaque Membre a convenu de souscrire. Ces engagements sont inscrits séparément pour chacun des quatre modes de fourniture par rapport à un secteur désigné. On trouvera ci-dessous une liste descriptive de tous les niveaux d'engagements qui peuvent être inscrits dans la Liste d'un Membre.

- **Engagement total**

La mention «néant» est inscrite dans la Liste sous le mode de fourniture correspondant. Cela signifie que le Membre convient d'accorder, sans conditions ni prescription, des droits d'accès aux marchés ou de traitement national aux services et fournisseurs de services d'autres Membres.

- **Engagement avec limitations**

Le Membre inscrit les limitations, conditions ou prescriptions spécifiques qui limitent la portée de son engagement en matière d'accès aux marchés ou de traitement national. Les Membres inscrivent souvent des mesures spécifiques qu'ils estimerait autrement incompatibles avec les obligations en termes d'accès aux marchés ou de traitement national.

- **Engagement non consolidé**

La mention «non consolidée» est inscrite dans la Liste sous le mode de fourniture correspondant. Le Membre demeure libre de maintenir ou d'établir toutes mesures incompatibles avec les obligations en termes d'accès aux marchés ou de traitement national.

- **Absence d'engagement techniquement faisable**

Le Membre indique que, dans le secteur en question, la fourniture du service ne peut pas avoir lieu dans l'un des modes prévus (p.ex. fourniture transfrontière de services de coiffure).³¹

Article XXI

Tout comme les dispositions relatives à la modification des Listes de l'Article XXVIII du GATT 1994, l'Article XXI de l'AGCS stipule les règles et les procédures selon lesquelles un Membre peut modifier ou retirer un engagement spécifique figurant dans sa Liste. Une période minimum de trois ans doit s'être écoulée à compter de la date à partir de laquelle cet engagement est entré en vigueur afin de pouvoir engager des procédures visant à modifier ou retirer un engagement. A la demande de tout Membre affecté par une proposition de modification ou de retrait, le Membre apportant la modification se prêtera à des négociations en vue d'arriver à un accord sur toute compensation nécessaire. L'objectifs de telles négociations sera de «maintenir un niveau général d'engagements mutuellement avantageux non moins favorable au commerce que celui qui était prévu dans les Listes d'engagements spécifiques avant les négociations». ³² Toute compensation convenue par le biais de négociations avec des Membres affectés devra se faire sur la base du principe de la nation la plus favorisée.

³¹ Voir OMC, Comité des engagements spécifiques, « Révision préliminaire des lignes directrices pour l'établissement des listes d'engagements spécifiques», S/CSC/W/30, 23 mars 2001, par. 41-49

³² AGCS, Article XXI:2(a)

Si un accord n'intervient pas entre le Membre apportant la modification et tout Membre affecté, la question pourra être soumise à arbitrage. Lorsqu'un Membre affecté demande qu'il y ait arbitrage, le Membre apportant la modification devra accorder une compensation conformément aux conclusions de l'arbitrage avant de mettre en oeuvre la modification ou le retrait projeté. Si le Membre apportant la modification ne se conforme pas aux conclusions de l'arbitrage, tout Membre affecté qui a participé à l'arbitrage pourra modifier ou retirer des avantages substantiellement équivalents conformément à ces conclusions. Une telle modification ou un tel retrait pourra être mise en oeuvre uniquement à l'égard du Membre apportant la modification, en d'autres termes, en cas de non-application du traitement NPF.

Si un accord de compensation n'intervient pas et qu'aucune demande d'arbitrage n'est formulée, le Membre apportant la modification sera libre de mettre en oeuvre la modification ou le retrait projeté. Tout Membre affecté désireux de faire valoir un droit qu'il pourrait avoir en matière de compensation devra demander un arbitrage conformément à l'Article XXI de l'AGCS.

3.6 Testez votre compréhension

- 1. Les obligations en matière d'accès aux marchés et de traitement national prévues aux Articles XVI et XVII de l'AGCS sont-elles généralement applicables à toutes les mesures affectant le commerce des services? Si la réponse est non, pourquoi?**
- 2. L'inscription d'un secteur de services dans la Liste d'un Membre exige-t-elle de ce dernier qu'il s'abstienne de maintenir ou d'établir des mesures établissant une discrimination à l'encontre de services ou de fournisseurs de services étrangers? De quelles informations supplémentaires devrez-vous disposer pour pouvoir répondre correctement à cette question?**
- 3. A quel document devrez-vous vous référer pour déterminer la nature et l'étendue des engagements d'un Membre en matière de traitement national par rapport à un secteur de services particulier?**
- 4. Un Membre peut-il unilatéralement accorder un meilleur traitement à des services ou fournisseurs de services étrangers que ses engagements en matière d'accès aux marchés ne l'y oblige? Ayant accordé un niveau de traitement supérieur à ce que ses engagements exigent, ce Membre sera-t-il tenu à l'avenir d'accorder en permanence ce niveau consolidé à tous les services et fournisseurs de services?**
- 5. Un Membre peut-il fournir un niveau de traitement à certains fournisseurs de services de certains membres, mais accorder uniquement le niveau de traitement inscrit dans sa Liste aux autres**

fournisseurs de services d'un autre Membre? Quelle obligation s'applique à cette question?

- 6 Les Membres de l'OMC peuvent-ils retirer ou modifier des engagements spécifiques? Si oui, quelles sont les procédures à suivre?**
- 7. Citez quelques exemples de types de mesures qui pourraient être visés par des engagements additionnels inscrits dans les Listes des Membres conformément à l'Article XVIII de l'AGCS.**

4. REGLEMENT DES DIFFERENDS

Objectifs

A l'issue de ce chapitre, le lecteur sera en mesure:

- de comprendre les procédures spécifiques de règlement des différends qui s'appliquent à tout litige sous l'AGCS;
- de distinguer entre les plaintes pour «violation» et «en non-violation» formulées dans le contexte de l'AGCS.

4.1 Consultations

Dans le cadre de l'AGCS et comme pour toute procédure de règlement de différends au sein de l'OMC, les parties sont tenues d'entrer en consultation entre elles sur la question concernée. L'AGCS envisage deux types de consultations: bilatérales et multilatérales.

Article XXII **Consultation**

1. Chaque Membre examinera avec compréhension les représentations que pourra lui adresser tout autre Membre au sujet de toute question affectant le fonctionnement du présent accord et ménagera des possibilités adéquates de consultation sur ces représentations. Le mémorandum d'accord sur le règlement des différends s'appliquera à ces consultations.

2. Le Conseil du commerce des services ou l'Organe de règlement des différends (ORD) pourra, à la demande d'un Membre, entrer en consultation avec un ou plusieurs Membres sur une question pour laquelle une solution satisfaisante n'aura pas pu être trouvée au moyen des consultations prévues au paragraphe 1.

La première étape obligatoire de toute procédure de règlement de différend relative à une question affectant le fonctionnement de l'AGCS consiste, pour le Membre portant plainte, à entamer des consultations de bonne foi avec le Membre défendeur. Les dispositions de l'Article 4 du *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends* s'appliquent à toutes les consultations bilatérales engagées sous l'AGCS.

S'il s'avère impossible de trouver une solution satisfaisante par le biais de négociations bilatérales, un Membre pourra demander au Conseil du commerce des services ou à l'Organe de règlement des différends (ORD) d'entrer en consultation avec un ou plusieurs Membres sur la question concernée. Ces consultations auront alors un caractère multilatéral.

Un Membre ne pourra pas invoquer l'Article XVII de l'AGCS relatif au traitement national pour ce qui est d'une mesure qui relève d'un accord international conclu entre les parties pour éviter la double imposition. En cas de désaccord entre les Membres sur la question de savoir si une mesure relève d'un tel accord international, les deux parties pourront convenir de porter cette question devant le Conseil du commerce des services. Le Conseil soumettra alors

la question à et la décision de l'arbitre sera définitive et contraignante pour les Membres.

4.2 Règlement des différends et exécution des obligations

Article XXIII

Règlement des différends et exécution des obligations

1. *Au cas où un Membre considérerait que tout autre Membre ne remplit pas les obligations ou engagements spécifiques qu'il a contractés au titre du présent accord, ledit Membre pourra, en vue d'arriver à un règlement mutuellement satisfaisant de la question, recourir au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.*

3. *Si un Membre considère qu'un avantage dont il aurait raisonnablement pu s'attendre à bénéficier conformément à un engagement spécifique contracté par un autre Membre au titre de la Partie III du présent accord se trouve annulé ou compromis du fait de l'application d'une mesure qui ne contrevient pas aux dispositions du présent accord, ledit Membre pourra recourir au Mémorandum d'accord sur le règlement des différends.*

L'AGCS permet à un Membre de formuler une plainte à l'encontre d'un autre Membre qui n'aurait pas rempli ses obligations ou engagements spécifiques au titre du présent accord. On parle alors de «plaintes pour violation» dans la mesure où elles allèguent qu'un Membre a violé les règles.

L'AGCS autorise également un Membre à formuler une «plainte en non-violation», mais des règles supplémentaires spéciales seront alors applicables. Une «plainte en non-violation» renvoie à un différend dans lequel un Membre considère qu'un avantage dont il aurait raisonnablement pu s'attendre à bénéficier conformément à un engagement spécifique contracté par un autre Membre au titre de la Partie III de l'AGCS se trouve annulé ou compromis du fait de l'application d'une mesure qui ne contrevient pas aux dispositions de l'AGCS. Dans le contexte de l'AGCS, une «plainte en non-violation» n'allègue pas qu'un Membre a violé des obligations ou engagements spécifiques. La plainte porte ici plutôt sur le fait qu'un Membre s'attend raisonnablement à bénéficier d'un avantage en vertu d'un engagement spécifique souscrit par un autre Membre et que cet avantage a été annulé ou compromis.

Les causes d'action pour plaintes «pour violation» et «en non-violation» dans le contexte de l'AGCS sont quelque peu différentes et plus spécifiques que les causes d'action visées par l'Article XXIII du GATT 1994. Cependant, une fois une plainte formulée conformément aux paragraphes 1 ou 3 de l'Article XXIII de l'AGCS, les règles et procédures du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends sont applicables.

Dans le cas d'une plainte «pour violation», le recours prévu par le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends consiste généralement à retirer ou à modifier la mesure jugée incompatible avec les obligations ou engagements

spécifiques du Membre. Dans le cas d'une plainte «en non-violation», le Membre affecté aura droit à une compensation mutuellement satisfaisante en vertu de l'Article XXI de l'AGCS (qui a trait à la modification des Listes). A l'inverse des plaintes en non-violation du GATT 1994, l'action pour un cas de non-violation dans le cadre de l'AGCS peut inclure la modification ou le retrait de la mesure.

En ce qui concerne l'exécution des conclusions d'un règlement de différends, les procédures prévues à l'Article 22 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends s'appliquent aussi bien aux plaintes «pour violation» qu'aux plaintes «en non-violation»

4.3 Procédures spéciales pour secteurs de services spécifiques

La *Décision sur certaines procédures de règlement des différends établies aux fins de l'accord général sur le commerce des services* prévoit que tout groupe spécial chargé des plaintes relatives au commerce des services doit être composé de personnes très qualifiées ayant ou non des attaches avec des administrations nationales et possédant une expérience du commerce des services et comprendre des personnes possédant les connaissances spécialisées nécessaires se rapportant aux secteurs de services spécifiques sur lesquels portent ces différends. *L'Annexe sur les services financiers* exige également que les groupes spéciaux chargés d'examiner les différends concernant des questions prudentielles et autres questions financières possèdent les compétences nécessaires en rapport avec le service financier spécifique faisant l'objet du différend.

L'Annexe sur les services de transports aériens interdit à l'AGCS et à ses règles et procédures de règlement de différends de s'appliquer à des mesures qui affectent a) les droits de trafic, quelle que soit la façon dont ils ont été accordés; ou b) la vente ou la commercialisation des services de transport aérien; et c) les services de systèmes informatisés de réservation. Cependant, dans ces derniers domaines, les règles et procédures de règlement des différends ne pourront être invoquées que dans les cas où des obligations ou des engagements spécifiques auront été contractés par les Membres concernés après que les possibilités de règlement des différends prévues dans les accords ou arrangements bilatéraux et les autres accords ou arrangements multilatéraux auront été épuisées.

4.4 Testez votre compréhension

- 1. Quelle est la première étape obligatoire que tout Membre souhaitant porter plainte doit suivre dans le cadre d'un règlement de différend?**
- 2. Quelles sont les deux causes d'action susceptibles de former la base juridique d'une plainte formulée sous l'AGCS? Expliquez chacune d'entre elles en détail et démontrez leurs similitudes et leurs différences par rapport aux plaintes formulées dans le cadre du GATT 1994.**
- 3. Quels sont les recours disponibles en matière de règlement de différend sous l'AGCS?**

4. **Existe-t-il des règles et des procédures spéciales relatives à la composition de groupes spéciaux chargés du règlement des différends sous l'AGCS? Quelles sont-elles?**

5. ETUDES DE CAS

Etude de cas N° 1

Depuis que la république d'Arcadie est devenue Membre de l'OMC en 1996, le gouvernement de ce pays s'inquiète du faible nombre de programmes d'origine arcadienne diffusés sur l'unique réseau de télévision du pays, ArcaTV. Afin de remédier à cet état de choses, le gouvernement a décidé de créer l'ABCB (Arcadian Broadcasting Control Board = Conseil de radiodiffusion arcadien) en 1999. L'ABCB est un organisme non gouvernemental. Il dispose de pouvoirs étendus délégués afin de réglementer les services de transmission télévisée en Arcadie et d'émettre des directives contraignantes visant à promouvoir le développement d'une industrie de production télévisée nationale.

En 2001, l'ABCB a émis une «directive de radiodiffusion» dont l'une des dispositions prévoit de réserver la majeure partie du temps de transmission télévisée à des programmes produits en Arcadie. La directive stipule également que cette obligation sera exécutée «par tous les moyens nécessaires» et en particulier, que la retransmission de tous les bulletins d'actualité étrangers est interdite.

De nombreux membres de l'OMC ont critiqué la décision de l'ABCB, en arguant qu'elle établit une discrimination à l'encontre des services de production et de distribution télévisées étrangers. Les responsables arcadiens ont cependant répondu que cette directive «visait à protéger la culture arcadienne et à promouvoir des intérêts nationaux vitaux» et n'entrait pas à ce titre dans le champ d'application de l'AGCS. En outre, lors des négociations qui ont accompagné son entrée dans l'OMC, l'Arcadie n'a pas inscrit d'engagements concernant les «services audiovisuels» et les «services de radio et de télévision» dans sa Liste d'engagements spécifiques.

- a) Cette «directive de radiodiffusion» est-elle une mesure visée par l'AGCS?
- b) En supposant que l'AGCS s'applique à cette «directive de radiodiffusion», une telle mesure est-elle incompatible avec toute disposition de l'AGCS?

En 2002, l'Arcadie et son voisin, le Royaume d'Utopie, ont signé un accord bilatéral de coopération mutuelle dans les domaines de la culture et de l'éducation. Fin 2002, l'ABCB a modifié sa «directive de radiodiffusion» pour permettre l'application du nouvel accord bilatéral. La «directive de radiodiffusion» modifiée, qui est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2003, prévoit que 15% du temps de retransmission télévisée total sera exclusivement réservé à des émissions d'origine utopienne. La directive révisée accorde également aux sociétés de production utopiennes le droit d'établir des succursales afin de produire des programmes de télévision en Arcadie. Ces droits n'ont pas été étendus aux services ou fournisseurs de services des autres Membres de l'OMC.

- c) La «directive de radiodiffusion» est-elle compatible avec l'Article II de l'AGCS? (Veuillez noter que l'Arcadie n'a inscrit aucune exemption énoncée à l'Article II dans sa Liste.)

- d) L'Arcadie est-elle dans l'obligation d'informer le Conseil du commerce des services de l'AGCS de la modification de sa «directive de radiodiffusion»?

Etude de cas N° 2

Veillez identifier les modes de fourniture correspondants dans les transactions de services suivantes:

- a) Un cabinet juridique brésilien prépare un avis juridique pour un client mexicain et l'envoie par e-mail depuis son bureau de Sao Paulo à son client au Mexique.
- b) Une banque britannique ouvre une succursale à Singapour en vue de proposer des services de prêts et d'assurance à la population singapourienne.
- c) Un ingénieur marocain se rend à Paris pour fournir des services sur place dans le cadre d'une usine de transformation de produits alimentaires récemment inaugurée.
- d) Une citoyenne américaine vivant et travaillant à Detroit, dans le Michigan, se rend chez son coiffeur préféré à Windsor, dans la province canadienne de l'Ontario.
- e) Un étudiant australien s'inscrit aux cours de la London School of Economics de Londres, en Angleterre.
- f) Une architecte russe prépare des plans et des dessins à Moscou, sauvegarde son travail sur une disquette informatique et l'envoie par la poste à un client basé à Stockholm, en Suède.

Etude de cas N° 3

Dans sa Liste d'engagements spécifiques (la «Liste»), la république d'Arcadie a contracté des engagements spécifiques concernant les services financiers. Elle a inscrit ses engagements conformément à l'Accord sur les engagements dans les services financiers.

Afin de protéger les investisseurs, déposants et souscripteurs arcadiens, l'Arcadie applique les mêmes mesures prudentielles strictes à l'ensemble des fournisseurs de services financiers, que ceux-ci soient nationaux ou étrangers. Ces mesures incluent, mais sans y être limitées: (i) des exigences de suffisance de capital, (ii) des conditions en matière de liquidité, crédit et gestion du risque; (iii) des limites aux risques de crédit importants; (iv) des limites aux associations avec des établissements non bancaires; et (v) la divulgation d'informations financières, y compris des états financiers relatifs aux activités d'un fournisseur de services financiers. Ces mesures ne sont référencées ni dans les restrictions inscrites dans la Liste de l'Arcadie ni dans l'Annexe de l'Arcadie sur les Exemptions des obligations énoncées à l'Article II.

Ces mesures prudentielles ont été adoptées en 1996, date d'entrée de l'Arcadie dans l'OMC, à l'issue d'une année de consultations complexes avec les fournisseurs de services financiers nationaux. Tous les fournisseurs de services financiers arcadiens se sont volontiers prêtés à ces mesures. Cependant, étant donné le haut niveau de protection associé aux mesures concernées, les fournisseurs financiers d'autres pays Membres de l'OMC éprouvent des difficultés à s'y conformer.

Cette exigence de conformité pose particulièrement problème aux pays en développement Membres de l'OMC.

Reconnaissant que des exigences formellement identiques s'appliquent à tous les fournisseurs de services financiers, quelle que soit leur nationalité:

- a) Le fait que les fournisseurs de services des pays en développement Membres de l'OMC éprouvent plus de difficultés à se conformer à ces mesures que les fournisseurs de pays développés Membres constitue-t-il une incompatibilité avec l'obligation de traitement de la nation la plus favorisée prévue par l'Article II:1 de l'AGCS?
- b) Le fait que les fournisseurs de services d'autres Membres de l'OMC éprouvent plus de difficultés à se conformer à ces mesures que les fournisseurs de services arcadiens constitue-t-il une incompatibilité avec l'obligation de traitement national prévue par l'Article XVII de l'AGCS?
- c) Cette même mesure peut-elle être à la fois incompatible avec les Articles II et XVIII de l'AGCS?

L'alinéa 2(a) de *l'Annexe sur les services financiers* prévoit que «[n]onobstant toute autre disposition de l'Accord, un Membre ne sera pas empêché de prendre des mesures pour des raisons prudentielles...». Il prévoit également que «[d]ans les cas où de telles mesures ne seront pas conformes aux dispositions de l'Accord, elles ne seront pas utilisées par un Membre comme un moyen d'éviter ses engagements ou obligations au titre de l'Accord.»

- (a) En supposant que les mesures prudentielles ne sont pas conformes à l'un des Articles ou aux deux Articles II:1 et XVII de l'AGCS et qu'elles ne sont pas «utilisées par un Membre comme un moyen d'éviter ses engagements ou obligations au titre de l'Accord», l'alinéa 2(a) de *l'Annexe* fonctionne-t-il comme une exception aux obligations des Articles II:1 et XVII par rapport à ces mesures?
- (b) Quels types de facteurs devra-t-on prendre en compte pour évaluer si les mesures prudentielles sont «utilisées par [l'Arcadie] comme un moyen d'éviter ses engagements ou obligations au titre de l'Accord»?

Étude de cas N° 4

Dans la république d'Arcadie, les services de soins médicaux sont assurés par un monopole appartenant à et contrôlé par l'Etat. Les services de soins dentaires sont cependant actuellement fournis par des entreprises et des personnes privées, en dehors du cadre du système de soins médicaux appartenant à et géré par l'Etat. Les services de soins dentaires sont par ailleurs réglementés par les professions de dentistes et d'assistants dentaires, qui exercent des pouvoirs gouvernementaux délégués et qui se sont dotés de leurs propres conseils de licences et de certification. Ces conseils ont développé des normes de formation ainsi que des critères de qualification et de licence auxquels toutes les personnes désireuses d'exercer le métier de dentiste ou d'assistant dentaire en Arcadie doivent se conformer.

Les services d'assurance relatives aux soins dentaires sont fournis par des compagnies d'assurance privées. Il n'existe en Arcadie aucune restriction concernant les services d'assurance étrangers ou les fournisseurs de services fournissant des assurances dentaires, et l'Arcadie a contracté des engagements en matière d'accès aux marchés et de traitement national par rapport au secteur des services d'assurance dans sa Liste AGCS d'engagements spécifiques.

A l'issue d'une récente enquête sur le système des soins médicaux en Arcadie, le gouvernement de ce pays envisage d'adopter une loi qui permettrait de ramener les services de soins dentaires, y compris les services d'assurance relatifs aux soins dentaires, dans le giron du système des soins de santé monopolistique de l'Etat.

Le gouvernement arcadien vous a chargé d'examiner si cette proposition d'étendre le monopole d'Etat sur les services de soins médicaux aux services de soins dentaires et aux services d'assurance relatifs aux soins dentaires est incompatible avec ses obligations ou engagements dans le cadre de l'AGCS. Que conseillerez-vous au gouvernement arcadien? Veuillez indiquer toutes les étapes nécessaires à la préparation de votre analyse. Si vous avez besoin d'informations supplémentaires pour analyser cette question, veuillez énoncer clairement vos hypothèses lorsque vous répondrez à la question.

6. OUVRAGES DE REFERENCE RECOMMANDES

Ouvrages

- **Abu-Akeel, Aly K.**, «The MFN as it Applies to Services Trade: New Problems for an Old Concept», *Journal of World Trade*, 1999, Vol.33, N°4, 103-109.
- **Adlung, R. Carzeniga, A., Hoekman, B., Kono, M., Mattoo, A. and Tuthill, L.**, «The GATS: Key Features and Sectors» chez Hoekman, B., Mattoo, A. and English, P. (eds.), *Development, Trade and the WTO: A Handbook* (Banque Mondiale, 2002).
- **Altinger, Laura, Enders, Alice**, «The Scope and Depth of GATS Commitments». *The World Economy*, Mai 1996, Vol.19, N°3, 307-332.
- **Carreau, Dominique et Juillard, Patrick**, «Le commerce international des services» dans *Droit international économique*, 4^e Edition (Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998).
- **Fernandez Martos Monteros, A.**, «Trade on Services: A Complex Liberalization Process», *Información Comercial Española, Revista de Economía* 785, 2000, 13-25.
- **Findlay, Christopher**, «Services Sector Reform and Development Strategies: Issues and Research Priorities», UNCTAD. Policy Issues in International Trade and Commodities, Study Series N° 8, 2001, sous <http://www.unctad.org/en/docs/itcdtab9en.pdf> (visité le 3 janvier 2003).
- **Footer, Mary E.**, «The International Regulation of Trade in Services Following Completion of Uruguay Round», *The International Lawyer*, Été 1995, Vol. 29, N°2, 453-481.
- **Gamberale, C., et Mattoo, A.**, «Domestic Regulations and Liberalization of Trade in Services» chez Hoekman, B., Mattoo A. and English, P. (eds) in *Development Trade and the WTO: A Handbook* (Banque Mondiale, 2002).
- **Hodge, J.**, «Liberalization of Trade in Services in Developing Countries» chez Hoekman, B., Mattoo A. and English, P. (eds) dans *Development Trade and the WTO: A Handbook* (World Bank, 2002).
- **Hoekman, Bernard et Primo Braga, Carlos A.**, «Protection and Trade in Services», Policy Research Working Paper 1747, Banque Mondiale, 1997, sous <http://www.worldbank.org/research/trade/pdf/wp1747.pdf> (visité le 3 février 2003).
- **International Trade Center**, *Business Guide to the General Agreement on Trade in Services*, Edition révisée (ITC, 2000).
- **Low, Patrick et Mattoo, Aaditya**, «Is there a Better Way? Alternative Approaches to Liberalization Under the GATS», Banque Mondiale, 2000, sous <http://www1.worldbank.org/wbi/trade/papers2000/Bpgats.pdf> (visité le 3 février 2003).

- **Martin, W, et Winters A.** (eds), *The Uruguay Round and the Developing Countries* (Cambridge University Press, 1996).
- **Mashayekhi, Mina**, «GATS 2000 Negotiations: Options for Developing Countries», South Centre, 2000, sous <http://www.southcentre.org/publications/gats/gats.pdf> (visité le 3 février 2003).
- **Mattoo, Aaditya**, «Developing Countries in the New Round of GATS Negotiations: Towards a Pro-Active Role», Banque Mondiale, 2000, sous <http://comunidadandina.org/ingles/document/Mattoo.htm> (visité le 3 février 2003).
- **Mattoo, Aaditya**, «MFN and the GATS», World Bank, 1999, sous http://www.worldbank.org/wbiep/trade/papers_2000/BPmfn.pdf (visité le 3 février 2003).
- **Mattoo, Aaditya**, «National Treatment in the GATS: Corner-Stone or Pandora's Box?», *Journal of World Trade*, Février 1997, Vol.31, N°1, 107-135.
- **Mattoo, Aaditya**, «Shaping Future GATS Rules for Trade in Services», Banque Mondiale, 2000, sous <http://www.econ.worldbank.org/files/1716wps2.596.pdf> (visité le 3 février 2003).
- **Sapir, A.**, «The General Agreement on Trade in Services: From 1994 to the Year 2000», *Journal of World Trade*, 1999, Vol.33, N°1, 51-66.
- **Sauvé, Pierre**, «Developing Countries and the GATS 2000 Round», *Journal of World Trade*, 2000, Vol.34, N°2, 85-92.
- **Sauvé, Pierre**, «Completing the GATS Framework: Addressing Uruguay Round Leftovers», Banque Mondiale, 2002, sous <http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Papers/Sauve/sauvegats.pdf> (visité le 3 février 2003).
- **Sauvé, Pierre et Stern, Robert** (eds), *GATS 2000: New Directions in Services Trade Liberalization* (The Brookings Institution, 2000).
- **Stewart, Terence P.**, «Services» in *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1992): Commentary* (Kluwer Law International, 1993).
- **UNCTAD Secretariat**, Scope for Expanding Exports of Developing Countries in Specific Services Sectors through all GATS Modes of Supply, Taking into Account their Interrelationship, the Role of Information Technology and of New Business Practices, ID/B/COM.1/21, UNCTAD, 24 juillet 1998.
- **WTO Secretariat**, *GATS: Fact and fiction* (WTO, 2001).
- **WTO Secretariat**, *Guide to the GATS: An Overview of Issues for Further Liberalization* (Kluwer Law International, 2000).

- **WTO Secretariat**, «Part III: The Results of the Uruguay Round for Services» in *Guide to the Uruguay Round Agreements* (Kluwer Law International, 1999).
- **Zdouc, Werner**, «WTO Dispute Settlement Practice Relating to the GATS», *Journal of International Economic Law*, 1999, 295-346.

Litiges

Rapports de l'Organe d'appel

- Rapport de l'Organe d'appel, *Canada - Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adopté le 19 juin 2000.
- Rapport de l'Organe d'appel, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R, adopté le 25 septembre 1997.
- Rapport de l'Organe d'appel, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS169/AB/R, adopté le 10 janvier 2001.
- Rapport de l'Organe d'appel, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopté le 20 mai 1996.
- Rapport de l'Organe d'appel, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998.

Rapports des groupes spéciaux

- Rapport du groupe spécial, *Canada - Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, WT/DS142/R, adopté le 19 juin 2000, tel que modifié par le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS139/AB/R.
- Rapport du groupe spécial, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/R, WT/DS27/HND, WT/DS27/R/ECU, WT/DS27/R/USA, WT/DS27/R/MEX, adopté le 25 septembre 1997, tel que modifié par le rapport de l'Organe d'appel, WT/DS27/AB/R.
- Rapport du groupe spécial, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Recourse to Article 21.5 by Ecuador*, WT/DS27/RW/ECU, adopté le 6 mai 1999.

L'OMC sur le WEB

Pour de plus amples informations et documents sur l'AGCS, veuillez consulter le site Web de l'OMC sous: www.wto.org