

Dispositifs multilatéraux de mobilité internationale et impacts sur la libéralisation de la migration de travail en Suisse

Marion PANIZZON¹

I.	Introduction: La relation entre la libéralisation du commerce et la globalisation des migrations.....	18
II.	La libéralisation du mouvement des personnes physiques prestataires de services.....	21
	1. Le champ d'application du Mode 4 de l'AGCS	21
	2. Une définition ambiguë de la notion de « prestataire de services » : conséquences pour la libéralisation régionale et bilatérale	21
	3. Le décalage entre la classification des catégories de prestataires de services et les différents types de cartes de séjour	24
III.	Le mécanisme d'ouverture dans le mode 4 de l'AGCS et la pratique des Membres OMC	28
	1. Incidences économiques du commerce selon le mode 4	32
	2. La réglementation lacunaire des migrations de prestataires de services dans l'AGCS.....	32
IV.	La clause de la Nation la Plus Favorisée (NPF) de l'AGCS : un contrôle quasi-constitutionnel des accords bilatéraux ?	36
	1. Exemptions de la NPF inscrites par la Suisse.....	38
	2. Un espace pour conclure des accords bilatéraux de recrutement Suisse.....	39
V.	Les accords sur les stagiaires—en dehors le champ d'application de l'AGCS ?.....	42
VI.	Conclusions: Impacts de l'AGCS sur la formulation de politiques migratoires bilatérales et régionales.....	45
	Bibliographie	46

¹ Dr. en droit, Professeure assistante de droit international économique à l'Université de Berne, responsable du projet « migrations économiques » au sein du PRN, World Trade Institute, Hallerstrasse 6, 3012 Berne. Je remercie Mme Lisa Salcedo Pfeiffer, doctorante en droit et science politique aux Universités de Berne et Montpellier 1, pour son aide à la rédaction en français.

I. Introduction: La relation entre la libéralisation du commerce et la globalisation des migrations

La moitié des 200 millions de migrants internationaux sont économiquement actifs.² Parmi ces mouvements transfrontières pour motifs économiques, la migration temporaire devient de plus en plus importante. En effet, 20 à 50% des travailleurs étrangers quittent le pays d'accueil dans les 5 ans.³ Bien que les mouvements de population soient aujourd'hui moins importants qu'au XIXe siècle,⁴ la mondialisation, facilitée par la libéralisation du commerce dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), accroît les migrations de travail. Il en résulte que les Etats ne sont plus en mesure de gérer les mouvements de personnes uniquement par le biais de leur législation migratoire unilatérale. Ils cherchent donc à coordonner au niveau régional et international la gestion des flux migratoires économiques, y compris la lutte contre la migration non-autorisée. Il en résulte que «la migration de travail se trouve aujourd'hui au cœur de la gestion des migrations».⁵

Les liens entre la libéralisation du commerce international et les migrations de travail sont étroits et la réglementation de ces dernières au niveau international ne peut se faire sans ignorer les effets qu'aurait l'ouverture des marchés des biens et des services sur la décision d'émigrer ainsi que sur les coûts du transfert des remises. En premier lieu, le principe de l'avantage comparé a intensifié le différentiel de salaires entre les pays, ce qui incite davantage de travailleurs à migrer. Deuxièmement, le commerce international, dont l'OMC prévoit la libéralisation progressive par le biais de cycles de négociations, a diminué les coûts de la migration ; plus spécifiquement, le prix des communications et des transports.⁶ La migration et le commerce sont donc complémentaires, à tout le moins dans une perspective à court terme.⁷ Ce n'est que lorsque les niveaux des salaires s'égaliseront entre les Membres de l'OMC, comme le prédisent Martin, Pritchett et autres, que le volume du commerce des marchandises et des services dépassera celui des flux migratoires et dimi-

² Global Commission on International Migration (GCIM), *Migration at a Glance* (2005), p. 4.

³ OECD, *International Migration Outlook 2008*, p. 18.

⁴ SOLIMANO, Andrés, 'International Migration and the Global Economic Order' World Bank, Policy Research Working Paper 2720 (2001) pp. 22-23.

⁵ CHOLEWINSKY Ryszard, 'Formulation and Management of Foreign Employment Policies in Countries of Destination', in IOM World Migration Report (2008), p. 286.

⁶ La population née à l'étranger a augmenté d'environ 18% depuis 2000, bien qu'il ait été mis fin aux anciens programmes de recrutement de la main d'oeuvre en Europe à la suite des crises pétrolières des années 1970.

⁷ SOLIMANO, Andrés, *Ibidem*, pp. 22-23, 10-18.

nuera les facteurs dits « *push* » de la migration, comme le chômage ou précisément les salaires non compétitifs.⁸

La demande mondiale croissante de travailleurs migrants peut également s'expliquer par les changements démographiques (déclin et vieillissement des populations) dans les pays industrialisés. Même si ce dernier défi n'est pas directement lié à la libéralisation du commerce, cette « migration de remplacement » pourrait servir à combler les potentielles pertes de productivité des pays industrialisés.⁹

Les gains mondiaux qui peuvent être réalisés en libéralisant la circulation des personnes sont bien plus importants, voire même deux fois supérieurs à ceux que peut entraîner une libéralisation plus complète des services et des biens, par exemple par la conclusion du cycle de Doha. Si les pays industrialisés augmentaient de 3% les quotas d'admission au séjour pour les travailleurs migrants provenant de pays en développement, les bénéfices mondiaux seraient de 156 milliards USD, soit 0.6% du revenu mondial.¹⁰

Au niveau multilatéral, il n'existe qu'un seul instrument contraignant qui obligerait à libéraliser un aspect limité de la migration de travail. Il s'agit de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS). Celui-ci libéralise le mouvement des personnes physiques fournissant des services dans le territoire d'un autre Membre de l'OMC dans la mesure où le Membre a pris un engagement d'ouvrir ses marchés du travail et des services¹¹. Outre le principe dit de non-refoulement, qui codifie l'obligation d'admettre au séjour ceux dont la vie ou la santé sont en péril dans leur pays d'origine et qui s'applique donc au droit des réfugiés¹², le mode 4 de l'AGCS est la seule autre obligation

⁸ LUCAS, Robert, E.B. 'International Labor Migration in a Globalizing Economy', Carnegie Papers, No. 92, juillet 2008.

⁹ TRACHTMAN, Joel, P., The International Law of Economic Migration: Toward the Fourth Freedom, W.E. Upjohn Institute for Employment Research, 2009, p. 5. L'auteur parle des « doubles pressions de la migration, que sont la globalisation et le déclin démographique dans les pays industrialisés ».

¹⁰ WINTERS et al. (2003) pp. 1137-1162; World Bank, Global Economic Prospects (2006): Une augmentation de 3% des travailleurs temporaires admis au travail dans les économies développées entraînerait, selon les estimations de Winters et al. en 2003, des gains d'environ \$156 milliards du revenu mondial et selon la Banque Mondiale en 2006, des gains à hauteur de \$356 milliards.

¹¹ L'AGCS figure en annexe 1b de l'Accord de Marrakech de 1995 instituant l'OMC. Tous les Membres de l'OMC, soit 153 Etats et territoires douaniers distincts, doivent souscrire à l'AGCS.

¹² Art. 33:1 de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, 189 U.N.T.S. 150; Protocole relatif au statut des réfugiés du 4 octobre 1967, 606 U.N.T.S. 267 et Art. 3 I de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984, 1465 U.N.T.S. 85.

de droit international public à limiter la souveraineté des Etats quant à l'admission des étrangers sur leur territoire.¹³

En tant qu'instrument de libéralisation des migrations économiques, le champ d'application défini par le mode 4 de l'AGCS est restreint. L'AGCS vise uniquement les prestataires de services; une catégorie parmi les migrations économiques que Bueno qualifie comme jouant un « rôle secondaire ».¹⁴ D'après la pratique des Membres de l'OMC, sont inclus dans le mode 4, les stagiaires, du fait qu'il s'agit d'une catégorie mixte de prestataires et consommateurs de services, relevant donc à la fois du mode 4 et du mode 2 (nous y reviendrons au chapitre 5), mais non les étudiants qui eux sont uniquement considérés comme consommateurs de services et tombent donc exclusivement sous le mode 2.

En ce qui concerne l'incidence économique des engagements pris par les Membres de l'OMC dans le cadre du mode 4, nous verrons que les mécanismes d'ouverture des marchés du travail et des services prévus au niveau multilatéral de l'AGCS restent peu utilisés par les Etats (cf. infra chapitre 3, section 1).

Non seulement l'AGCS vise-t-il une catégorie restreinte de travailleurs migrants que sont les fournisseurs de services, mais l'obligation d'ouvrir les marchés du travail aux fournisseurs de services étrangers n'existe que dans la mesure où le Membre s'engage à ouvrir ce mode de prestation de services (le mode 4) soit pour un secteur de services (engagement spécifique) soit pour tous les secteurs de services (engagement général ou « horizontal»). Les Membres de l'OMC conservent donc la latitude de ne pas ouvrir un des secteurs à la prestation de services par des fournisseurs étrangers. Par contre, une fois un engagement pris, il est contraignant et ne peut être modifié qu'à la condition d'offrir une ouverture soit dans un autre secteur de services soit pour un autre mode de prestations (mode 1, 2, 3) (art. XI AGCS).

¹³ BETTS, Alexander and NICOLAIDIS, Kalypso, "The Trade and Migration Linkage: GATS Mode IV", memo préparé pour la Global Trade Ethics Conference, présenté à l'Université de Princeton, 19 février 2009.

¹⁴ BUENO, Nicolas, L'admission des prestataires de services étrangers en Suisse, Une approche nationale, bilatérale et multilatérale, dans: Jusletter 25 janvier 2010, p. 2.

II. La libéralisation du mouvement des personnes physiques prestataires de services

1. Le champ d'application du Mode 4 de l'AGCS

L'Article 1:2 de l'AGCS définit les quatre différents modes de fourniture des services. Parmi ceux-ci, le quatrième mode (lit. d), fonctionne par la présence d'une personne physique étrangère sur le territoire d'un membre de l'OMC. Les autres modes de prestation sont : la fourniture transfrontalière (lit. a, dite « mode 1 »), la consommation à l'étranger (lit. b, dite « mode 2 »), la présence commerciale dans le pays consommateur, ce qui revient à un investissement étranger dans le domaine des services (lit. c, dite le « mode 3 »). C'est donc en vertu de cette catégorisation des différents types de prestation de services établie par l'Article 1 paragraphe 2 de l'AGCS que le mouvement temporaire des fournisseurs de services libéralisé dans le cadre multilatéral de l'AGCS est appelé le « mode 4 ».

Dans le cadre de l'AGCS, la libéralisation du mouvement des fournisseurs de services s'inscrit davantage dans une logique d'ouverture des marchés des services, dont le mode 4 ne constitue qu'une des méthodes, soit « un mode » de prestation, que dans une logique de « gestion » ou de contrôle des migrations. Dans la terminologie de l'OMC, la migration de travail s'entend moins comme un régime de libéralisation de la migration économique que comme un « mode » de prestation de services, à savoir le quatrième mode de prestation de services d'après la numérotation de l'AGCS.

2. Une définition ambiguë de la notion de « prestataire de services » : conséquences pour la libéralisation régionale et bilatérale

L'AGCS définit le fournisseur de services comme une personne physique se rendant dans le territoire d'un autre membre de l'OMC pour lui-même (en tant que fournisseurs indépendant) ou à travers son employeur pour offrir ses services.¹⁵ Dans ce sens large du terme, la définition de l'AGCS correspond à celle donnée par l'Article 26 de la LEtr qui lui aussi « met à égalité l'activité lucrative salariée et indépendante ».¹⁶

La définition de l'AGCS n'est pas sans ambiguïté étant donné qu'il existe deux définitions différentes pour le terme « fournisseurs de services » : L'Article 1 paragraphe 2 lit. d donne une définition plus large, alors que l'Annexe, qui fait partie intégrante de l'AGCS, opère une définition plus

¹⁵ BUENO, Ibid., p 3.

¹⁶ BUENO, Ibid., p. 3.

restrictive. En somme, la différence résulte du fait que l'AGCS opère une distinction qualifiée d'« artificielle » entre un emploi local et un emploi « étranger » de la personne physique qui traverse les frontières.¹⁷ Les Membres industrialisés de l'OMC ont volontairement opté pour une lecture restrictive de la définition ambiguë de la notion de prestataire (l'ambiguïté traduit le conflit entre Membres en développement et industrialisés de l'OMC) afin d'éviter que l'AGCS ne devienne un instrument de libéralisation des migrations économiques au sens plus large et que l'AGCS soit utilisé pour ouvrir non seulement les marchés des services, mais surtout le marché de l'emploi.

La majorité des Membres de l'OMC ainsi que le Secrétariat de l'OMC¹⁸ partagent donc le point de vue selon lequel le contrat de travail passé avec un fournisseur de services doit rester « étranger » pour éviter qu'une entreprise local fournissant des services dans son propre pays puisse porter plainte contre son Etat au motif qu'elle se voit par exemple empêcher de recruter des travailleurs étrangers ou se trouve confrontée à d'autres restrictions de la part de la législation migratoire.¹⁹

En conséquence, le champ d'application de l'AGCS ne couvre pas, comme on pourrait le croire, tous les fournisseurs de services étrangers présents sur le territoire d'un Membre de l'OMC. Ceux qui sont employés par une entreprise ou personne physique nationales restent en dehors du champ d'application de l'AGCS. C'est à dire que l'emploi de travailleurs étrangers par un fournisseur de service local demeure pleinement sous la coupe de la souveraineté des Membres de l'OMC et n'est donc pas visé par les obligations de l'AGCS.²⁰

Pour cette catégorie de travailleurs, il est donc possible de prévoir un recrutement par plafonds minimums préférentiels, comme pour le cas des accords conclus entre la France et certains pays d'Afrique de l'Ouest, à travers des entreprises domiciliées en France, au motif que ces recrutements préférentiels ne font pas l'objet de la clause de la nation la plus favorisée (NPF) et que ces ouvertures ne devraient donc pas être généralisées à tous les Membres de l'OMC. Ne tombent donc pas sous la clause NPF, les employés étrangers d'une entreprise domestique, par exemple Suisse, qui apporteraient des servi-

¹⁷ Document OMC S/C/W/301 p. 4.

¹⁸ Document OMC S/C/W/301 p. 3.

¹⁹ CARZANIGA, Antonia, "A warmer welcome? Access for natural persons under preferential trade agreements", in: Juan A., Marchetti and Martin Roy (eds.), *Opening Markets for Trade in Services Countries and Sectors in Bilateral and WTO Negotiations*, Cambridge University Press (2009), pp. 476-478, 580.

²⁰ BAST, Jürgen, 'Annex on the Movement of Natural Persons', in: Rüdiger Wolfrum, Peter-Tobias Stoll et Clemens Feinäugle (eds.) *WTO-Trade in Services: Max-Planck Commentaries on World Trade Law* (2008) pp. 580-582.

ces en Suisse.²¹ En ce qui concerne cette dernière constellation, le Conseil fédéral suisse serait donc libre, sur la base de l'Article 100:2 (f), de conclure soit des accords bilatéraux de recrutement de travailleurs étrangers avec des pays tiers, c'est-à-dire des pays ne faisant pas partie de l'UE/AELE, sans que ces quotas d'admission entravent la clause NPF, soit des accords de prestations de services transfrontaliers, eux aussi à titre préférentiel, c'est-à-dire avec certains et non pas tous les Membres de l'OMC, sur la base de l'Article 100 :2 (g). (Nous reviendrons sur ce point dans le chiffre 4). Par contre, l'emploi par une entreprise étrangère fournissant des services dans le territoire du Membre de l'OMC ayant ouvert son marché du travail au mode 4 tombe sous le champ d'application de l'AGCS et fera objet de la clause NPF de l'Article II AGCS. Ceci concerne :

- Les employés d'une entreprise étrangère résidant dans le territoire d'un Membre de l'OMC mais sans présence commerciale dans le pays hôte, qui se rendent dans un autre Membre de l'OMC pour prêter un service, habituellement connus sous le nom de fournisseurs de services contractuels (*contractual service suppliers*, CSS).
- Les employés d'une entreprise de services étrangères avec présence commerciale dans le pays hôte, transférés au sein de cet établissement, dits personnes transférées à l'intérieur de leur entreprise (*intra-corporate transferees*, ICTs), mais également les visiteurs d'affaires (ou « vendeurs de services ») à court terme et les stagiaires de l'enseignement supérieur.

Pour le prestataire de service individuel, l'emploi local est néanmoins plus intéressant, la législation nationale du travail offrant des salaires plus élevés et une meilleure protection contre l'exploitation. Les fédérations professionnelles, les juristes des droits de l'homme et les groupements de travailleurs préconisent que l'emploi local soit inclus dans le mode 4 du GATS.²²

A l'instar de la loi suisse sur les étrangers (LEtr) ou de l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), l'AGCS ne définit donc que de manière rudimentaire la notion de prestataire de services et laisse à la pratique interé-

²¹ CHANDA, Rupa, 'Movement and Presence of Natural Persons and Developing Countries: Issues and Proposals for the GATS Negotiations', South Centre, Working Paper 19 (2004) pp. 15-17 ; voir aussi CARZANIGA, A., 'A warmer welcome? Access for natural persons under preferential trade agreements' in Juan Marchetti et Martin Roy (eds.) *Opening Markets for Trade in Services Countries and Sectors in Bilateral and WTO Negotiations* (2009) pp. 476-479.

²² MARTIN, Philipp, ABELLA, Manolo et KUPTSCH, Christiane, *Managing Labor Migration in the Twenty-first Century* (2006) pp. 76-82.

tatique le soin de développer une classification commune des différentes catégories de prestataires de services.²³

Ce débat autour de la définition des prestataires de services dans l'AGCS offre un exemple phare du rôle binaire que l'AGCS joue et que Bueno caractérise comme étant « à cheval entre le droit des migrations et le droit du commerce international ».²⁴

3. Le décalage entre la classification des catégories de prestataires de services et les différents types de cartes de séjour

Pour les différents secteurs de services, les Membres de l'OMC ont pu se mettre d'accord pour utiliser un système de classification uniforme, connu sous le nom de « Liste W-120 » (document préparé à cet effet par le Secrétariat de l'OMC). Ce document non-contraignant reprend de façon abrégée la classification centrale des produits de l'Organisation des Nations Unies (UN CPC) qui classifie en outre les services. La liste W-120 de l'OMC divise les services en 11 secteurs.²⁵ Cependant, pour ce qui est des prestataires de services (indépendants, salariés, relation contractuelle, personnes transférées à l'intérieur d'une entreprise, fournisseurs de services contractuels, travailleurs détachés, stagiaires) qui eux aussi tombent sous le champ d'application de l'AGCS en vertu du mode 4, les parties contractantes de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) de 1947 n'ont pas pu se mettre d'accord sur l'harmonisation des catégories de prestataires de services et n'ont pas non plus réussi à s'entendre sur quelle classification internationale existante se baser. Les pays industrialisés notamment se sont opposés à utiliser la classification du Bureau International du Travail (BIT), la « ISCO-88 », qui aurait été trop biaisée vers les secteurs de services peu qualifiés.²⁶

Néanmoins, une certaine pratique interétatique s'est établie pour classifier les différents types de prestataires de services. Celle-ci a été reprise par différents documents sur le mode 4 émis par le Secrétariat de l'OMC. Cinq à sept catégories se distinguent selon l'usage des Membres de l'OMC, les plus courantes étant les professionnels indépendants (*independant professionals*, IP), les personnes transférées à l'intérieur d'une entreprise (*intra-corporate transferees*, ICT), les fournisseurs de services contractuels (*contractual service suppliers*, CSS), les vendeurs de services (*business visitors*, BV), les chefs

²³ BUENO, *Ibid.*, pp. 2-3.

²⁴ BUENO, *Op. cit.*, p. 2

²⁵ Document OMC MTN.GNS/W/120, 10 juillet 1991, Classification Sectorielle des Services, Note du Secrétariat.

²⁶ BIT/ILO International Standard Classification of Occupations (ISCO-88).

d'entreprises, cadres et spécialistes (*executives, managers and specialists*, ESM), les « autres », (« *other* », une catégorie fréquemment utilisée pour regrouper tous fournisseurs non-formellement qualifiés comme les mannequins, les artistes, les écrivains et les musiciens) et les travailleurs employés à court terme.²⁷ Comme cette pratique de catégorisation le démontre, il existe d'une part une classification qui se fonde sur la fonction/le niveau de compétences (« ESM » et « other ») et d'autre part une catégorie qui fait référence au type de contrat (IP, ICT, CSS, salarié à court terme). Souvent, les engagements des Membres de l'OMC utilisent les deux catégorisations de façon interchangeable²⁸, ce qui accroît le risque de confusion.

De plus, les Membres de l'OMC n'ont pas pris le soin d'ajuster leurs différents types de visas ou de cartes de séjour aux différentes catégories de prestataires de services. Il se peut par exemple qu'un prestataire étranger qui tombe sous la catégorie de « salarié en mission » utilisée par le pays destinataire dans sa liste d'engagements AGCS, ne bénéficiera pas nécessairement d'une carte de séjour dite « salarié en mission » telle que définie par le droit national du même pays car ce dernier définit la notion de « salarié en mission » de façon différente dans ses engagements AGCS que dans son code d'immigration ou sa loi sur les étrangers. Ce décalage entre la définition et les catégories de prestataires de services sous l'AGCS et celles utilisées par le droit national en raison de critères d'éligibilité pour les visas et cartes de séjour constitue une barrière importante, et peut-être même volontaire, à l'utilité de l'AGCS comme instrument de libéralisation des migrations. Ceci pourrait d'ailleurs expliquer le faible usage du mode 4 par les Membres de l'OMC. Aussi, cette discordance entre catégories de visa et catégories de personnes dont la mobilité du travail est libéralisée par l'AGCS est un exemple du manque de cohérence et de concertation qui existe entre les ministères chargés des questions commerciales et ceux chargés des questions migratoires — un défi auquel l'approche globale de l'Union européenne prétend remédier.

²⁷MAMDOUH, Hamid, "Mode 4 – Definition, commitments, state of play in the negotiations", présentation préparée pour le WTO Symposium Mode 4 of the GATS, Taking stock and moving forward, OMC, 22-23 septembre 2008; voir aussi Document OMC S/C/W/301 p. 23 ; CARZANIGA, Antonia, "The GATS Mode 4, and Patterns of Commitments", in: Aaditya Mattoo et Antonia Carzaniga (eds), *Moving People to Deliver Services*, World Bank, 2003, pp. 21-26 ; CHANDA, Rupa, "Movement and Presence of Natural Persons and Developing Countries: Issues and Proposals for the GATS Negotiations", *Trade-Related Agenda, Development and Equity (TRADE) Working Paper 19*, South Centre, Genève, 2004, pp. 17-18.

²⁸NIELSON, Julia et OLIVR Cattaneo, 'Current Regimes for the Temporary Movement of Service Providers: Case Studies of Australia and the United States', in Aaditya Mattoo et Antonia Carzaniga (eds) *Moving People to Deliver Services* (2003) p. 137.

Le renforcement de la cohérence entre les politiques migratoires, commerciales et de développement est aussi l'un des objectifs des nouveaux partenariats à la mobilité qu'entend mettre en œuvre la Suisse sur la base de l'Article 100:1 LEtr. Ces partenariats sont une sorte des accords cadres regroupant différents aspects des politiques migratoires sous un même toit. Ceux-ci manifestent la volonté de la Suisse de mettre en œuvre une approche à l'échelle de l'ensemble de l'administration (« *whole-of-government-approach* ») sur les politiques migratoires. Tous les acteurs et toutes politiques extérieures ayant des liens ou un impact sur les questions migratoires sont intégrés dans un ensemble cohérent afin d'assurer une position coordonnée et unie du gouvernement suisse dans les négociations avec les pays destinataires. Dans ce contexte, il irait de l'intérêt des migrants, des employeurs et des pays partenaires que le Secrétariat d'Etat à l'Economie (SECO), qui gère le mandat relatif à l'AGCS et donc au mode 4, coordonne de plus près les offres suisses dans l'AGCS avec les ouvertures des marchés du travail que l'Office fédéral des Migrations (ODM) souhaite offrir à des pays non-UE/AELE dans le cadre d'un accord bilatéral ou d'un partenariat à la migration.

Par contre, si l'on compare le droit suisse des étrangers avec les législations relatives aux migrations d'autres Membres de l'OMC, on s'aperçoit qu'entre les catégories de prestataires de service que la Suisse utilise et définit dans ses engagements AGCS du mode 4 et la définition que donne la LEtr, il y a presque correspondance. La catégorie des fournisseurs de services contractuels (*contractual service suppliers*, CSS) utilisée dans les engagements AGCS correspond à peu près à celle des « travailleurs détachés » que l'article 19 LEtr compte parmi les prestataires des services. La catégorie des fournisseurs de services contractuels sous l'AGCS se définit dans la pratique des Membres de l'OMC comme des travailleurs employés par une entreprise qui ne dispose pas d'établissement dans le pays de destination du prestataire et qui sont envoyés par leur entreprise dans le territoire d'un autre Membre de l'OMC (pays de destination) afin d'y fournir un service.²⁹

Au niveau bilatéral, la Suisse a conclu un Arrangement par échange de notes des 23 février/5 mars 1999 avec l'Allemagne sur une réglementation libéralisée applicable au personnel de stands d'expositions et de montage³⁰ qui libéralise de façon préférentielle (uniquement pour l'Allemagne) le travail déta-

²⁹ RAZA, Werner, Die GATS Verhandlungen zur temporären Migration von natürlichen Personen (Mode 4): eine Analyse der aktuellen Verhandlungen, Gutachten für die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, Mai 2004, <http://wien.arbeiterkammer.at/bilder/d12/GATS_Mode4_Gutachten_HBS.pdf>

³⁰ Arrangement par échange de notes des 23 février/5 mars 1999 entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne sur une réglementation libéralisée applicable au personnel de stands d'expositions et de montage.

ché dans les catégories de la machinerie et de la construction. En vertu de cet arrangement, le personnel de stands d'expositions et de montage qui ont la nationalité allemande et qui sont envoyés temporairement par leur employeur dont le siège se trouve sur le territoire de cet Etat pour monter, démonter ou tenir des stands d'expositions sur le territoire de l'autre Etat, est dispensé de l'obligation de requérir l'autorisation de séjour et de travail pour une durée de 90 jours au plus par année civile.³¹

Etant donné que la notion de travailleur détaché tombe dans le champ d'application de l'AGCS, l'arrangement entre la Suisse et l'Allemagne porte atteinte à la clause de la nation la plus favorisée (NPF) de l'Article II AGCS. Il serait en effet difficile pour la Suisse de justifier cette ouverture préférentielle par son exemption à l'Article II NPF souscrite en 1994 pour une durée indéterminée, car la Suisse n'avait inclus dans le champ d'application de ses exemptions que l'UE et l'AELE dans leur ensemble et les pays de recrutement « traditionnels » en raison de liens historiques étroits avec ces régions. D'une part, l'Allemagne n'est qu'un pays parmi les Etats Membres de l'UE et d'autre part, elle ne représente pas un pays de recrutement traditionnel de la Suisse mais est plutôt un pays d'une nouvelle vague d'émigration de personnes hautement qualifiées dans les secteurs de l'éducation, la santé, la banque et les métiers créatifs (« *creative class* ») (qui engloberait le personnel scientifique et technique, mais aussi les écrivains, acteurs, artistes et dramaturges).³² Afin d'éviter qu'elle ne soit amenée à défendre l'admission préférentielle de monteurs et personnel de stands en provenance d'Allemagne devant l'organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC dans le cas d'une plainte déposée contre la Suisse par un autre Membre de l'OMC ne bénéficiant pas de cet arrangement, cette dernière a décidé d'offrir ce même traitement à l'ensemble des Membres de l'OMC. Dans son offre d'engagements proposée lors des négociations sur les services du cycle de Doha, la Suisse a ainsi ouvert son marché du travail dans les domaines de la construction et la machinerie aux travailleurs détachés exerçant la profession de monteur ou de personnel de stands de tous les Membres de l'OMC. Aussi a-t-elle recommandé en 2007, par biais d'un document adressé au Conseil du commerce des services, que d'autres Membres de l'OMC suivent son exemple et libéralisent lesdites professions dans leurs offres d'engagements aux négociations en cours du cycle de Doha.³³

³¹ Ibid.

³² OIM Genève, Etat de la Migration dans le Monde 2008, p. 53.

³³ Document OMC TN/S/W/61, Communication présentée par la suisse, Admission temporaire des Installateurs et agents d'entretien dans le cadre de l'AGCS: arguments en faveur de la prise d'engagements pour le mode 4 2 avril 2007.

Les travailleurs détachés doivent être distingués d'une autre catégorie de prestataires de services, à savoir celle des cadres ou autres salariés transférés à l'intérieur d'une entreprise. En contraste des travailleurs détachés, les personnes transférées à l'intérieur d'une entreprise (*intra-corporate transferees*, ICT) sont envoyés par l'entreprise mère pour travailler dans une succursale qui se trouve dans le pays de destination.³⁴ Dans le cas de la mobilité intra-entreprise, c'est l'entreprise qui est désignée comme prestataire de services et qui conclut le contrat de prestation avec le consommateur tandis que le salarié conclut un contrat de travail avec la succursale à l'étranger. Dans le cas des travailleurs détachés (en Suisse), appelés également salariés en mission (en France), le consommateur dans le pays de destination conclut un contrat de prestation avec l'entreprise étrangère qui envoie les travailleurs, tandis que ceux-ci restent employés par l'entreprise dans leurs pays d'origine.

III. Le mécanisme d'ouverture dans le mode 4 de l'AGCS et la pratique des Membres OMC

L'impact du mode 4 de l'AGCS se définit dans la mesure où les Membres de l'OMC ont pris des engagements dans le cadre du mode 4.³⁵ Ces engagements, qui font partie intégrante de l'AGCS (art. XX AGCS), s'appliquent uniquement au niveau interétatique et ne donnent donc pas droit à un individu de se prévaloir d'une ouverture du marché du travail. Les engagements ne peuvent être modifiés sans offrir une compensation dans un autre secteur de services ou mode de prestation de services à l'ensemble des pays Membres de l'OMC (art. XXI AGCS).

La difficulté de modifier les engagements est un désavantage pour le mode 4, car l'AGCS ne permet pas une flexibilité suffisante pour réagir aux fluctuations des marchés du travail. L'art. XX AGCS prévoit un mandat pour la négociation d'une clause de sauvegarde qui permettrait à un pays faisant face à un afflux important et soudain de prestataires de services étrangers de fermer temporairement l'accès à son marché du travail et des services. En contraste de la clause de sauvegarde de l'art. XIX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), l'ensemble des membres de l'OMC

³⁴ Feuille fédérale 2002 3777 ; ODM, Directives I. ; voir aussi SPESCHA, Marc, chapitre 4, Bewilligungs- und Meldepflicht, in : Handbuch des Migrationsrechts, Spescha, Marc, Thür, Hanspeter, Zünd, Andreas et Bolzli, Peter, eds., Zurich, 2008, p. 47.

³⁵ KOSLOWSKI, Rey, "Global Mobility and the Quest for an International Migration Regime", in: Joseph Chamie et Luca Dall'Oglio (eds.) International Migration and Development Continuing the Dialogue: Legal and Policy Perspectives, Center for Migration Studies (CMS) et Organisation Internationale pour les Migrations (OIM) (2008), pp. 103-144.

n'a pas encore pu se mettre d'accord sur la mise en œuvre de cette clause de sauvegarde dans l'AGCS avec le résultat que les Membres de l'OMC ne disposent pas de mécanismes de protection de leurs engagements d'ouverture entrepris dans l'AGCS contre la fluctuation de l'offre. Cette lacune est d'autant plus importante quand on tient compte de la rigidité des engagements AGCS et le fait que les Membres de l'OMC ne disposent pas de moyens pour répondre de manière flexible à la cyclicité de leurs marchés du travail par rapport au mode 4. Pourtant, une clause de sauvegarde serait l'outil parfait pour convaincre les pays destinataires d'ouvrir leur marché du travail de façon plus large au sein du mode 4 de l'AGCS, comme le démontre la clause de sauvegarde dans l'accord bilatéral sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE, qui offre la possibilité à la Suisse de fermer son marché du travail si les flux de migrants en provenance de l'UE s'avèrent trop élevés. Ce qui rend la libéralisation de la circulation des personnes difficile dans un contexte comme celui de l'AGCS est que les engagements d'ouverture des marchés que les pays membres de l'OMC souscrivent pour les prestataires de services dans le mode 4 sont des engagements multilatéraux et doivent donc être généralisés à l'ensemble des Membres de l'OMC. En effet, la clause de la nation la plus favorisée (NPF) n'autorise pas les ouvertures préférentielles. Le fait de devoir généraliser les ouvertures a pour effet de décourager les Membres de l'OMC de prendre le risque d'ouvrir leur marché du travail et les conduit à offrir le minimum en termes de libéralisation. Dans cette stratégie de minimisation des risques, s'inscrit le fait de défavoriser la mobilité de fournisseurs de services non-formellement ou peu qualifiés qui semblent plus à même de se retrouver au chômage dans le pays d'accueil. En effet, certains estiment qu'ils pourraient alors constituer un fardeau pour la sécurité sociale et autres prestations étatiques du pays d'accueil auxquels ils n'auraient guère contribué en termes d'impôts du fait qu'en tant que travailleurs peu qualifiés, ils n'auraient pas gagné suffisamment pour créer un équilibre ou même au surplus d'impôts.

Même si en théorie, le paragraphe 3 de l'Annexe relative au mouvement des personnes physiques fournissant des services relevant de l'Accord dispose que les engagements négociés par les membres visent tous les niveaux de compétences,³⁶ dans la pratique, les engagements de la plupart des pays signataires de l'AGCS visent les professionnels et les personnes hautement qualifiées. La réalité des engagements pris par les Membres démontre que ces derniers libéralisent une mobilité de haut niveau visant quasi exclusivement des secteurs de services exigeant des formations spécialisées et élevées.

³⁶ Paragraphe 3 de l'Annexe du GATS relative au mouvement des personnes physiques fournissant des services : « s'appliquent au mouvement de toutes les catégories de personnes physiques fournissant des services relevant de l'Accord ».

Cette pratique interétatique consistant à privilégier les fournisseurs des services hautement qualifiés dans leurs engagements d'ouverture des marchés découle en premier lieu des limites structurelles de l'AGCS mentionnées précédemment (absence d'une clause de sauvegarde, engagements contraignants, clause NPF). En deuxième lieu, le biais de l'AGCS vers la libéralisation constitue un défaut structurel qui empêche que les pays d'origine prennent en charge certains risques liés à la mobilité temporaire de leurs ressortissants. Finalement, dans une économie mondiale misant sur l'accroissement de la production dans le but d'obtenir un niveau toujours plus élevé de revenu réel, une compétition mondiale pour les compétences et talents a vu le jour.³⁷ Alors que les pays d'immigration classique tels que les États-Unis, l'Australie et le Canada ont réussi à accroître leur productivité et leur potentiel innovateur grâce à leur attractivité pour toute sorte de talents, les pays européens n'ont que récemment tenté de participer à cette « chasse mondiale pour les talents » à travers des réformes législatives dans le but de créer des systèmes de migration sélective (Royaume-Uni) ou d'immigration choisie (France), c'est-à-dire de limiter la migration pour raisons familiales et d'augmenter en conséquence la migration de compétences et talents.³⁸

Les engagements des Membres de l'OMC visant à libéraliser la mobilité des travailleurs dans le cadre du mode 4 de l'AGCS renforcent les efforts de réforme de la législation relative à l'immigration au niveau national. La tendance à privilégier l'entrée des travailleurs hautement qualifiés au détriment des travailleurs migrants non qualifiés est à l'origine du changement de paradigme qui caractérise les nouvelles lois sur l'immigration mises en place dans nombre de pays européens depuis le début du nouveau millénaire. À titre d'exemple, en France, le nouveau Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) créé par l'ordonnance du 24 novembre 2004 a instauré une carte de séjour « compétences et talents ».³⁹ De la même manière, en Suisse, la Loi fédérale sur les étrangers (LEtr) du 16 décembre 2005 limite l'admission des ressortissants de pays non-UE/AELE aux personnes hautement qualifiées.⁴⁰

Les engagements dans le mode 4 se limitent donc à la catégorie des professionnels tels que les chefs d'entreprise (« *executives* »), autres cadres (« *ma-*

³⁷ KAPUR, Devesh et MC HALE, *Give us Your Best and Your Brightest, The Global Hunt for Talent and Its Impact on the Developing World*, 2005.

³⁸ PANIZZON, Marion, 'International Law of Economic Migration—a Ménage à Trois? GATS Mode 4, EPAs and Bilateral Migration Agreement', 44:6 *Journal of World Trade*, à paraître, décembre 2010.

³⁹ Articles L315-1 à L315-9, D311-18-1 et R315-1 à R315-11 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

⁴⁰ Art. 23 de la loi fédérale sur les étrangers.

nagers ») et spécialistes (« *specialists* »), catégories que l'acronyme anglais désigne comme (« EMS »), et vont donc à l'encontre des intérêts des pays en voie de développement. Les emplois et métiers peu qualifiés quant à eux sont le plus souvent exclus de toute libéralisation sous le mode 4 dans la majorité des engagements des Membres de l'OMC (menuisiers, plombiers). A l'opposé, certaines occupations exigeant des compétences spécifiques, même sans formation professionnelle, sont incluses dans les engagements de certains Membres ; l'exemple le plus courant étant celui des mannequins dont l'entrée dans le marché du travail des Etats-Unis a été libéralisé dans leurs engagements sous le mode 4 de l'AGCS. Le fait que les travailleurs dans le domaine agricole et la manufacture soient exclus du champ d'application de l'AGCS démontre que ce dernier ne vise pas à libéraliser les migrations de travail d'une manière exhaustive et que l'OMC ne cherche pas à être mandatée comme organisation internationale pour la gestion des migrations de travail.

Ceci pose un problème pour les pays en voie de développement qui souhaiteraient avoir davantage d'ouverture pour les prestataires de services peu qualifiés. Seuls 17% des engagements des Membres dans le mode 4 concernent les professions non-qualifiées.⁴¹ Or, depuis 1990, le continent africain perd annuellement 20 000 médecins, universitaires, ingénieurs et autres professionnels et est contraint de dépenser 4 milliards USD par an pour les remplacer par des expatriés, une somme qui équivaut à 35 % du total de l'aide publique au développement (APD) destinée à ce continent.⁴² La question se pose donc de savoir si l'AGCS prévoit des solutions pour arriver à une rétention des compétences qualifiées ou au moins à réduire la fuite des cerveaux. En d'autres termes, l'AGCS prévoit-il des solutions pour instaurer un système de circulation des compétences, d'une part, et pour prévoir d'avantage d'ouvertures pour la migration temporaire de travailleurs non-qualifiés, d'autre part? L'AGCS ne prévoit pas de reconnaissance des qualifications professionnelles car l'Article VII ne fait qu'encourager les Membres de l'OMC à conclure des accords de reconnaissance mutuelle des diplômes mais en règle générale ceux qui sont conclus visent uniquement les pays industrialisés et excluent les pays en voie de développement.

⁴¹ CARZANIGA, Antonia, "The GATS, Mode 4, and Pattern of Commitments", in: Aaditya Mattoo et Antonia Carzaniga (eds), *Moving People to Deliver Services* (Washington D.C.: The World Bank and Oxford University Press, 2003) pp. 24s.

⁴² Economic Commission for Africa (ECA), *International Migration and Development, Implications for Africa, 2006*, ECA/SDD/06/01, pp. 45-47 ; voir aussi MOUTON, Johann BOSHOFF, Nelius on Science and Technology (CREST), University of Stellenbosch, South Africa, James KULATI Tembile TENG-ZENG Frank, "Scientific Mobility and the African Diaspora", Centre for Research Martin Institute Working Paper 6 Avril 2007, p. 22.

1. Incidences économiques du commerce selon le mode 4

En ce qui concerne les niveaux de libéralisation, ceux obtenus pour le mode 4 par rapport aux trois autres modes de prestation de services sont relativement bas, avec une incidence de seulement 0 à 4% par rapport à l'ensemble des engagements souscrits par les Membres de l'OMC dans le cadre de l'AGCS. Le mode 4 représente moins de 5% du commerce mondial des services,⁴³ contre 55 à 60% pour les services délivrés dans le cadre du mode 3 (présence commerciale), 25 à 30% pour le mode 1 (provenance du territoire d'un Membre et à destination du territoire de tout autre Membre) et 10 à 15% pour le mode 2 (consommation de services dans le territoire d'un autre membre).⁴⁴

Pourtant, comme le montrent les statistiques de la Banque Mondiale, les bas niveaux de libéralisation dans le cadre du mode 4 sont quelque peu paradoxaux si l'on tient compte des gains considérables que davantage de mobilité pourrait générer tant pour les pays destinataires que pour les pays d'origine.⁴⁵ Ce bas niveau d'engagements de la part des Membres de l'OMC dans le cadre du mode 4 s'explique par différents facteurs, notamment le manque d'instruments pour réglementer les risques de la migration ainsi que l'architecture incomplète et inadéquate de l'AGCS pour traiter de questions régulatrices telles que la surveillance des flux migratoires, la coopération en matière de réadmission de travailleurs en situation irrégulière, etc. La section suivante de cette contribution approfondit cette question.

2. La réglementation lacunaire des migrations de prestataires de services dans l'AGCS

Dans le souci d'éviter toute allusion au fait que l'AGCS pourrait constituer un régime de gestion globale des migrations de travail, les pays négociant le cycle d'Uruguay ont inscrit dans l'Annexe sur le mouvement des personnes physiques un nombre de clarifications qui servent à exempter l'AGCS de toute responsabilité concernant les mesures relatives aux personnes physiques à la recherche d'un emploi sur le marché d'un autre Membre de l'OMC ainsi

⁴³ MAGDELEINE, Joscelyn et A. MAURER, Andreas, "Measuring GATS Mode 4 Trade Flows", WTO Staff Working Paper ERSD-2008-05, Genève (2008), p. 18.

⁴⁴ MAURER, Andreas et CHAUVET, Philippe, "The Magnitude of flows of global trade in services", in: Bernard Hoekman, Aaditya Mattoo et Philipp English (eds.) *Development, Trade and the WTO, A Handbook*, Banque Mondiale (2002) pp. 235-246.

⁴⁵ WINTERS, L. Alan, WALMSLEY, T., WANG, Z. et GRYNBERG, R., "Liberalising temporary movement of natural persons: an agenda for the Development Round", in: 26(8) *The World Economy* (2003) pp. 1137-1162.

qu'à la migration permanente, la citoyenneté, la résidence, la sécurisation des frontières et la politique de visas.

De par le fait que l'AGCS exclut de son champ d'application toute politique de visas, c'est-à-dire qu'il ne vise ni à harmoniser les visas nationaux ou régionaux pour les prestataires de services ni à standardiser le processus d'obtention de visa — par exemple en prescrivant une limite dans le temps ou une obligation de transparence dans l'attribution de visa — a pour résultat que les Membres de l'OMC continuent de disposer d'une entière discrétion en ce qui concerne les conditions d'entrée dans leur territoire et conservent leur plein droit d'émettre les visas de façon sélective. N'étant en principe pas soumises au régime de la clause de la nation la plus favorisée (NPF), les politiques de visas peuvent continuer à être utilisées comme une « récompense » pour les pays qui coopèrent en matière de lutte contre la migration clandestine ou, plus concrètement, dans les processus de réadmission. L'Union européenne utilise la possibilité d'octroi préférentiel de visas pour faciliter la mobilité de ressortissants d'un pays en leur offrant un assouplissement des conditions d'attribution de visas Schengen (baisse du prix de 60 à 35 euros), comme l'UE le fait vis-à-vis des pays qui coopèrent en matière de réadmission (Russie, Albanie, Ukraine). Néanmoins, le fait que ces politiques soient exclues du champ d'application de l'AGCS pose des problèmes de coordination entre l'accès au marché du travail libéralisé par l'AGCS et les conditions d'entrée et d'admission dans le territoire du membre qui libéralise l'accès à son marché. La voie de l'AGCS est souvent méconnue des ministères chargés de l'immigration et ceux-ci ne communiquent souvent pas avec le ministère en charge des affaires commerciales. Ce décalage entre politique des visas, accès au marché du travail et catégories de personnes visées par l'AGCS contribue à la « sous-utilisation » de l'AGCS comme mécanisme de migration professionnelle.

De même, l'AGCS ne prévoit pas de mécanisme pour réduire les risques liés à la migration — fuite des cerveaux, dépassement des périodes de séjour, etc. L'AGCS étant un accord de libre échange, il se trouve biaisé vers la libéralisation de la mobilité et ne contient pas de dispositions régulatrices. Ceci est un défaut dont les conséquences sont considérables. Les pays industrialisés ne se disent pas prêts à ouvrir leurs marchés aux prestataires de services moins qualifiés dans le contexte de l'AGCS par crainte que ces derniers dépassent leur période de séjour. On entend souvent l'argument selon lequel les pays de destination seraient en principe prêts à offrir davantage d'ouvertures pour les prestataires de services moins qualifiés et donc à répondre à l'intérêt accru des pays en voie de développement de trouver un marché pour leur surplus de travailleurs, mais uniquement à la condition que les pays d'origine garantissent de leur part que les prestataires des services qu'ils envoient travailler

dans un autre pays Membre de l'OMC retournent de façon volontaire une fois leur contrat de travail de prestation de services arrivé à échéance.⁴⁶

Malgré ces constats, les pays d'accueil ont refusé jusqu'à ce jour de limiter leur souveraineté en mandatant par exemple l'AGCS de régler les risques associés aux mouvements migratoires. La plupart des pays de destination préfère avoir recours aux accords bilatéraux pour régler la migration car ces derniers leur offrent plus de flexibilité que la clause contraignante de la nation la plus favorisée (NPF) et les contraintes d'engagements rigides, non-modifiables sans contre-concessions. La question qui préoccupe les chercheurs est donc de savoir s'il était possible quasi « *ex post* » d'inscrire dans les engagements des pays d'accueil, l'obligation pour les pays d'origine de garantir le retour de leurs travailleurs.

Comme la structure des listes d'engagements de l'AGCS est rigide, celle-ci autorise les Membres de l'OMC à procéder uniquement aux trois actions suivantes : ouvrir leur marché des services (art. XVI), accorder un traitement non moins favorable aux prestataires des services étrangers (art. XVII) ou encore, prendre des engagements dits « additionnels » (art. XVIII). Se pose donc la question de savoir s'il est possible d'inscrire d'une part, des obligations de nature réglementaire telles que les obligations de retour volontaire, de minimiser le risque de fuite des cerveaux et d'inciter le pays d'origine à coopérer dans les procédures de réadmission. L'architecture des engagements généraux et spécifiques que prévoit l'AGCS ne permet pas au pays qui s'engage d'ouvrir son marché mais de demander en échange à celui qui bénéficie des ouvertures de prendre en charge quelques responsabilités envers les prestataires des services qu'il envoie à l'étranger. Face à ces contraintes inhérentes à la structure de l'AGCS, nous pouvons nous demander s'il ne faudrait pas aller plus loin et réformer la structure de l'AGCS afin de pouvoir y inscrire les garanties relatives au retour des travailleurs dans leur pays d'origine.⁴⁷

Cependant, le mode 4 de l'AGCS reste uniquement un outil de *libéralisation* de la mobilité des personnes. Il *n'a pas vocation à régler ni à maîtriser* les migrations professionnelles ; il ne prévoit pas de mesures auxiliaires comme la formation pré-emploi, les retours volontaires et la réinsertion professionnelle comme le font les accords bilatéraux de la France, l'Espagne ou l'Italie. Il ne veille pas non plus à limiter les effets de la fuite des cerveaux.

⁴⁶ BROUDE, Tomer, 'The WTO/GATS Mode 4, International Labor Migration Regimes and Global Justice', The Hebrew University of Jerusalem, Faculty of Law, Research Paper No. 7-07 (2007) p. 30.

⁴⁷ PANIZZON, Marion 'Trade and Labor Migration, GATS Mode 4 and Migration Agreements', Friedrich-Ebert-Stiftung, Dialogue on Globalization Occasional Paper, N° 47 / Janvier 2010, Genève, pp. 24s.

En somme, le mode 4 de l'AGCS ne remplit que de façon limitée les buts que l'UE associe à une approche globale des migrations.⁴⁸

Les requêtes d'ouverture dans le mode 4 adressées par les pays en voie de développement aux pays industrialisés font partie de l'agenda du cycle de Doha mais n'ont pas (encore) produit de résultats. Les recommandations de juillet 2004 de la décision ministérielle de la même date contiennent un mandat explicite adressé aux pays industrialisés pour qu'ils offrent d'avantage d'ouvertures aux prestataires des services dans le cadre du mode 4. Néanmoins, les pays industrialisés souhaitent exiger des « garanties » de la part des pays en voie de développement pour éviter les dépassements de séjour — garanties que, jusqu'à présent, seuls les accords bilatéraux, à l'instar de ceux passés entre la France et plusieurs pays de l'Afrique de l'Ouest, ou encore ceux de l'Espagne avec certains de ces pays, sont en mesure d'offrir par le biais de clauses de réadmission et d'un soutien financier et technique visant à mobiliser les migrants au retour volontaire et assisté (formation au retour, réinsertion).

Une première parmi les accords de libre-échange est celui conclu entre le Japon et les Philippines qui prévoit, en tant que premier accord commercial en son genre, une clause de garantie sur les retours volontaires (art. 10) à travers laquelle les Philippines s'engagent à veiller et assurer que leurs ressortissants employés au titre d'infirmiers ou aides médicales retournent aux Philippines une fois leur contrat de travail au Japon arrivé à échéance.⁴⁹

Parmi les différentes requêtes déposées par les pays en voie de développement, nous pouvons distinguer deux approches. Tout d'abord, la demande plurilatérale de juillet 2003, à laquelle le seul pays africain à avoir participé est l'Égypte. Cette requête reprend en grande partie les propositions de l'Inde sur le mode 4 et demande principalement plus d'accès aux marchés du travail dans le cadre du mode 4. La requête des pays les moins développés ou « groupe des PMA » (groupe des pays les moins avancés)⁵⁰ de juin 2006 est

⁴⁸ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen - L'approche globale de la question des migrations un an après: vers une politique globale européenne en matière de migrations, COM (2006) 735 final; voir aussi Panizzon, Marion, *Standing together apart: Bilateral migration agreements and the temporary movement of persons under "mode 4" of GATS*, Working Paper No. 77, University of Oxford, 2010.

⁴⁹ Annexe 8 du Chapitre 9: Engagements Spécifiques sur la circulation des personnes naturelles, Accord de partenariat économique entre le Japon et la République des Philippines du 28 août 2008, <<http://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/philippine/epa0609/index.html>>.

⁵⁰ Angola ; Bangladesh ; Bénin ; Burkina Faso ; Burundi ; Cambodge ; Djibouti ; Gambie ; Guinée ; Guinée-Bissau ; Haïti ; Îles Salomon ; Lesotho ; Madagascar ; Malawi ; Maldives ; Mali ; Mauritanie ; Mozambique ; Myanmar (Birmanie) ; Népal ; Niger ;

quant à elle différente ; non seulement le nombre de pays africains à y avoir pris part est bien plus important, comme par exemple le Cameroun, mais le contenu de leur requête est aussi quelque peu différent. Ces pays demandent également davantage d'ouverture dans les catégories de prestation de services moins qualifiés mais surtout, ils songent à faire justifier comme dérogation à la clause de la nation la plus favorisée les quotas d'accès préférentiels qui leurs ont été octroyés par le biais d'accords bilatéraux, à l'instar de ceux conclus par la France et l'Espagne. En effet, pour ce qui est des accords que la France est en train de passer principalement avec des pays francophones d'Afrique, elle peut justifier ces quotas préférentiels de recrutement dans le domaine des services par l'exemption qu'elle a inscrite précisément pour ces pays-là en 1994 dans sa liste d'exemptions à la clause de la nation la plus favorisée (art. II AGCS), même si, en principe, ces dérogations ont expiré en 2004.⁵¹ L'Espagne quant à elle n'a pas entrepris une telle exemption et pour ses accords bilatéraux, une dérogation par le biais d'un mécanisme spécial, comme le propose la requête du groupe des PMA communiquée par la Zambie, semble nécessaire. Une telle dérogation nécessiterait l'accord de la majorité qualifiée des Membres de l'OMC, sur le fondement de l'Article IX de l'accord de Marrakech établissant l'OMC (nous y reviendrons au chiffre 4).

IV. La clause de la Nation la Plus Favorisée (NPF) de l'AGCS : un contrôle quasi-constitutionnel des accords bilatéraux ?

La clause NPF de l'Article II AGCS dispose que « chaque Membre accordera immédiatement et sans condition 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 ». ⁵² La clause NPF interdit de procéder à une discrimination entre services et prestataires de services étrangers de différents Membres de l'OMC. Tout comme la clause de traitement non moins favorables des services et prestataires de services étrangers par rapport aux mêmes services et prestataires de services indigènes (art. XVII), la clause NPF est l'un des principes fondateurs de l'AGCS et du système de libéralisation du commerce multilatéral de l'OMC. Pour cela, elle s'applique de manière inconditionnelle et immédiate. En matière de gestion des flux migratoires, l'inconditionnalité de la clause NPF pose un défi en raison au manque de réciprocité que l'ouverture

Ouganda ; République centrafricaine ; République démocratique du Congo ; Rwanda ; Sénégal ; Sierra Leone ; Tanzanie ; Tchad ; Togo ; Zambie

⁵¹ Communautés Européennes et leurs Etats membres, Liste de l'Article II:2 Annexe de l'AGCS (exemptions aux obligations du traitement de la NPF).

⁵² Art. II AGCS

inconditionnelle des marchés du travail peut engendrer pour le pays receveur de prestataires des services.⁵³ Notamment lorsqu'il s'agit de fournisseurs de services non formellement qualifiés où le risque de séjour non-autorisé se pose particulièrement, les pays receveurs ont un intérêt plus accru d'obtenir, en échange de l'ouverture des marchés, une garantie selon laquelle le pays d'origine assurera le retour volontaire de ses ressortissants au terme de leur contrat de travail ou de prestation de services. Plus encore que dans les trois autres modes de prestation des services, dans le mode 4, l'inconditionnalité de la clause NPF – qui à son tour élimine la possibilité de réciprocité dans le sens d'une ouverture par le pays receveur de fournisseurs des services étrangers en échange d'une plus grande régulation par le pays d'origine en termes de garanties en matière de retour volontaire et de réadmission de ses ressortissants fournissant des services dans un autre Membre de l'OMC – diminue de façon importante le rôle potentiel de l'AGCS et plus généralement de l'OMC dans la gestion globale des migrations de travail.

Il est uniquement possible d'instaurer un certain degré de réciprocité dans les exemptions à la clause NPF de l'Article II AGCS, comme l'a fait par exemple l'Italie en éliminant la nécessité pour les personnes physiques et morales étrangères d'obtenir une autorisation pour devenir propriétaire en Italie à condition que d'obtenir ses propres ressortissants bénéficient d'un traitement équivalent. Ce rôle limité de l'AGCS dans la gestion des flux migratoires, bien qu'il ait été intentionnellement voulu par les pays industrialisés lors du cycle d'Uruguay, est encore davantage réduit si l'on prend en compte le fait que les engagements souscrits par les Membres de l'OMC dans leurs listes d'engagements sont contraignants (art. XX AGCS) et sont difficilement modifiables, par exemple en échange d'autres engagements dans un autre secteur de services.

En principe, les Membres de l'OMC n'ont plus le droit d'accorder des ouvertures du marché à titre préférentiel à certains Membres de l'OMC sans généraliser ces ouvertures à tous les membres. Cependant, il existe quatre types d'exceptions à la règle de la NPF qui permettraient de justifier à titre exceptionnel une ouverture bilatérale ou régionale et donc exclusivement préférentielle. Ces exceptions sont : la conclusion d'un accord de libre échange (art. V), la conclusion d'un accord d'intégration des marchés du travail (art. Vbis), l'inscription d'une exception à la NPF dans la liste d'exceptions à l'Article II en 1994 lors de la conclusion du cycle d'Uruguay et finalement, la demande d'une « dérogation » sur le fondement de l'art. IX:3 de l'accord de Marrakech

⁵³ PANIZZON, 2010, pp. 20-21, 24 ; voir aussi: Trachtman 2009, pp. 272-273 ; 337 ; PANIZZON, Marion (2009). 'Bilateral Migration Agreements and the GATS: Sharing Responsibility versus Reciprocity', 5(3) Journal of Migration and Refugee Issues, 2009, pp. 70-80

instituant l'OMC. Cette dernière doit cependant être approuvée par une majorité des trois quarts des Membres de OMC. A titre d'exemple, il semblerait que les pays les moins avancés aient lancé une telle demande afin de justifier les accords bilatéraux instituant des quotas migratoires conclus avec certains pays receveurs de migrants.⁵⁴

1. Exemptions de la NPF inscrites par la Suisse

Lors de la conclusion du cycle d'Uruguay, les parties contractantes ont eu l'occasion unique d'inscrire une exemption à la clause NPF pour leurs engagements préférentiels en vigueur depuis 1994 ou futurs. Ces listes d'exemptions de l'article II (NPF) font partie intégrante de l'AGCS. Comme d'autres pays européens dont l'économie repose sur les travailleurs migrants, la Suisse a elle aussi inscrit des exemptions à la NPF pour justifier ces ouvertures préférentielles dans le mode 4. En préconisant la conclusion d'accords bilatéraux avec l'Union européenne, la Suisse a notamment exclu de la NPF l'ouverture de son marché des services et du travail aux prestataires des services en provenance de l'UE ou de l'AELE.⁵⁵ Ni l'accord de libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE de 2001 ni les autres accords faisant partie de ce paquet des bilatérales 1 atteignent un niveau de libéralisation suffisamment important pour que ces accords soient justifiés par l'exception régionale de l'Article V AGCS qui elle est, en contraste avec les listes d'exemptions de l'article II (NPF), indéterminée dans le temps. Pour cette raison, le seul autre justificatif pour le principe suisse de recrutement de travailleurs étrangers à deux niveaux, avec une préférence octroyée aux ressortissants UE/AELE face aux pays tiers, est de justifier cette différenciation par une exception à la clause NPF de 1994. L'inconvénient de cette formule est

⁵⁴ LDC Group Request on Mode 4, informal WTO document JOB (06)/155, 24 May 2006, WTO (2006a), Communication from the delegation of Zambia on behalf of the LDC Group – LDC Group Request on Mode 4, JOB(06)/155, 24 May 2006, based on Art. IV and XIX:2 GATS.

⁵⁵ Document OMC GATS/EL/83, 15 avril 1994, Commerce des services, SUISSE, Liste d'exemptions de l'article II (NPF): « Octroi d'un traitement préférentiel aux ressortissants de pays autres que la Suisse qui appartiennent à des régions de recrutement traditionnel selon la législation suisse sur l'immigration, pour la délivrance d'autorisations d'entrée, de séjour et de travail en Suisse (résidents à l'année, résidents de courte durée, travailleurs saisonniers) à des personnes physiques qui fournissent des services et qui n'appartiennent pas aux catégories de personnes indispensables définies dans la Liste suisse d'engagements spécifiques concernant le commerce des services (partie I : Engagements horizontaux) ; et mesures fondées sur des accords bilatéraux conclus entre la Communauté européenne ou ses Etats membres et/ou des Etats de l'AELE et la Suisse afin de permettre le mouvement de toutes les catégories de personnes physiques qui fournissent des services ».

qu'en principe, toutes exceptions listées en 1994 par les pays membres dit « originaires » de l'OMC sont arrivées à échéance en 2004 car la validité de ces exceptions avait été prévue pour « 10 ans en principe ».⁵⁶

Néanmoins, étant donné que la plupart des Membres de l'OMC ont inscrit de telles exceptions, il est peu probable qu'un autre membre OMC porte plainte contre la Suisse, à l'exception peut-être d'un pays d'origine de migrants avec un important surplus de travailleurs au chômage qui se voit exclu des quotas de recrutement préférentiels offerts par la Suisse à d'autres pays de recrutement traditionnels. En ce qui est du contenu des exceptions que la Suisse a notifiés dans sa liste de 1994, les aspects suivants sont intéressants.

2. Un espace pour conclure des accords bilatéraux de recrutement Suisse

Quand des personnes physiques sont concernées, comme le souligne Carzaniga, les pays Membres de l'OMC préfèrent ouvrir leur marché du travail de façon sélective – seulement aux ressortissants des pays avec lesquels ils ont des liens particulièrement étroits pour des raisons historiques, géographiques ou linguistiques – que de façon multilatérale comme l'OMC le leur impose.⁵⁷

Vu les exceptions à la clause NPF de la Suisse, cette dernière pourrait en principe conclure des accords de recrutement préférentiel avec les pays dits des « régions de recrutement traditionnel selon la législation suisse sur l'immigration ».⁵⁸

Cependant si l'on analyse de plus près de quels pays il s'agit, on s'aperçoit qu'il s'agit de l'Espagne, le Portugal, la Grèce et l'Italie, donc des pays qui aujourd'hui font partie de l'UE et dont les prestataires des services sont couverts par les relations bilatérales entre la Suisse et l'UE qui elles sont justifiées par l'Article II AGCS. Néanmoins, les accords de recrutement bilatéraux que la Suisse a mis en place depuis les années 1950 avec ces pays sont toujours en vigueur aujourd'hui car il se peut qu'au niveau des services de placement, de portabilité de la sécurité sociale et de la facilitation des remises ces accords soient plus favorables que l'ALCP.⁵⁹

⁵⁶ ADLUNG, Rudolf et CARZANIGA, Antonia, "MFN Exemptions Under the General Agreement on Trade in Services: Grandfathers Striving for Immortality?" in: 12(2) *Journal of International Economic Law* (2009) pp. 357-392, 2009.

⁵⁷ CARZANIGA (2009), *Op. Cit.*, p. 484.

⁵⁸ Document OMC GATS/EL/83, 15 avril 1994, Commerce des services, SUISSE, Liste d'exemptions de l'article II (NPF), pp. 4-5.

⁵⁹ PANIZZON, commentaire de l'art. 100 LEtr.

Afin de justifier ce traitement plus favorable par rapport à des conditions de travail ou d'accès au marché suisse non libéralisé par l'ALCP mais uniquement prévus par ces anciens accords de recrutement des années 1950, il demeure utile de maintenir l'exception envers les pays dit « de recrutement traditionnel » et ne pas se limiter à utiliser l'exception UE/AELE. Ceci dit, l'exception de la Suisse ne semble pas couvrir des accords préférentiels de recrutement pour des membres OMC qui sont des pays d'origine de migrants qui n'entrent pas dans la définition des « régions de recrutement traditionnel selon la législation suisse sur l'immigration », c'est-à-dire des pays de l'Afrique de l'Ouest ou du Nord par exemple.

La Suisse a donc intentionnellement refusé d'inclure dans ce justificatif des nouveaux pays de recrutement, comme ceux d'Asie ou d'Afrique. La volonté de maintenir le cercle de pays de recrutement clos et limité ressort bien du raisonnement que la Suisse donne pour le traitement plus favorable accordé aux personnes physiques provenant des pays UE/AELE de la NPF : il s'agirait de « réglementer l'immigration en Suisse moyennant des mesures fondées sur des liens de longue date avec les régions de recrutement traditionnel ».

En contraste, la France quant à elle opère une exception de recrutement de fournisseurs de services dans sa liste d'exemptions de l'Article II AGCS vers les pays d'Afrique francophone, l'Algérie, la Suisse et la Roumanie pour raisons de « liens historiques » de la France avec ces pays et donc pour des raisons similaires à celles qui justifient l'exception de la Suisse vers les « pays de recrutement traditionnel ». ⁶⁰ Cette exception a permis à la France de conclure des accords relatifs à la gestion concertée des flux migratoires avec ces pays. Néanmoins, le fait que la France ait étendu le champ d'application de ces accords relatifs à la gestion concertée de flux migratoires aux pays des Balkans de l'Ouest et à l'île Maurice, nous pouvons nous demander si ces recrutements étaient encore couverts par l'exemption de la France. Ces accords migratoires dits de deuxième génération en raison du fait qu'en contraste avec les accords de première génération qui étaient limités au recrutement de travailleurs saisonniers, à l'instar de ceux de la Suisse avec l'Espagne et le Portugal, ces nouveaux accords qui datent de la première décennie du nouveau millénaire sont beaucoup plus larges dans le sens où ils regroupent sous un même cadre, la gestion des migrations professionnelles, la sécurisation des

⁶⁰ Communautés Européennes et leurs Etats membres, Liste de l'Article II:2 Annexe de l'AGCS (exemptions aux obligations du traitement de la NPF) : Facilitation de l'accès aux procédures en France pour l'exercice de certaines activités et professions de services pour personnes naturelles et juridiques de certains pays tiers (Afrique francophone, Algérie, Suisse et Roumanie, pour une durée de 10 ans). Cette mesure reflète les liens historiques entre la France et ces pays.

frontières, la réadmission des personnes et la coopération au développement. Ces accords prévoient non seulement des « quotas » migratoires dans le sens de plafonds minimum, mais sont en plus préférentiels et donc potentiellement discriminatoires à l'égard des Membres de l'OMC avec lesquels la France n'a pas conclu de tels accords. En effet, les accords de gestion concertée des flux migratoires donnent le droit aux pays partenaire d'ajouter des métiers supplémentaires à la liste des 30 métiers pour lesquels les conditions sur le marché du travail français ne sont pas opposables et applicable aux pays hors UE et Suisse, sans entraver à la clause NPF.

L'AGCS ne recouvrant ni les travailleurs agricoles ni les fournisseurs de services employés par des personnes morales ou physiques suisses (donc locales), le Conseil fédéral n'entraverait pas d'emblée à la clause NPF de l'Article II AGCS au vu du droit s'il décidait de conclure un accord sur le recrutement de travailleurs étrangers, sur le fondement de l'Article 100:2 lit. f LEtr, qui instaurerait des quotas de recrutement préférentiels applicables seulement aux pays partenaires pour ces catégories de travailleurs étrangers. Néanmoins, à titre d'exemple, l'Italie a listé dans ses exemptions à l'Article II AGCS les accords bilatéraux de recrutement de main d'œuvre saisonnière, ce qui pourrait mener à croire que les travailleurs agricoles seraient considérés comme prestataires de services et tomberaient sous le champ d'application de l'AGCS et qu'il faudrait donc les exempter de la clause NPF. La doctrine est divisée sur le sujet. L'OCDE estime, à l'instar des Etats-Unis,⁶¹ que les travailleurs agricoles doivent rester en dehors de l'AGCS,⁶² contrairement à l'UE et au Canada qui a aussi listé ses programmes de recrutement de travailleurs saisonniers avec le Mexique et les Caraïbes comme exemption de la clause NPF. Les Etats-Unis accordent donc *de facto* un grand nombre de leurs visas pour travailleurs agricoles (visa H-2A) au Mexique, ce qui entraverait à la clause NPF. Comme le note Crosby, les PMA ont un intérêt à ce que les travailleurs agricoles, surtout ceux employés dans la cueillette, les vendanges, etc. tombent dans le champ d'application de l'AGCS.⁶³ Bueno, parmi d'autres

⁶¹ CATTANEO, O et NIELSON, J. 2002. Current Regimes for Temporary Movement of Service Providers: Case Study – The United States of America, présenté lors du Joint-WTO-World Bank Symposium on Movement of Natural Persons (Mode 4) Under the GATS, avril 2002, p.3.

⁶² OECD, Service Providers on the Move - Labour Mobility and the WTO General Agreement on Trade in Services, Paris: OECD (2003), p. 2 "GATS Mode 4 only covers movement of people supplying services: there are no parallel WTO rules covering movement of people in other areas such as agriculture and manufacturing".

⁶³ CROSBY, Daniel (2009). Advancing Services Export Interests of Least Developed Countries-Towards GATS Commitments on the Temporary Movement of Natural Persons for the Supply of Low-skilled and Semi-skilled Services, ICTSD Programme on Trade and Services and Sustainable Development Series Issue Paper No. 9, p. 8.

auteurs (Crosby,⁶⁴ Greenberg et Qalo⁶⁵) d'une définition inclusive de prestataire de services, se réfère à la position 881 de la CPC qui décrit les services agricoles et que la liste W-120 reprend pour l'AGCS sous le terme de « services annexes à l'agriculture », en tant que sous-secteur au secteur des « services fournis aux entreprises ».⁶⁶

Plus généralement, dans ces constellations ne tombant pas sous le champ d'application de l'AGCS, le Conseil fédéral reste libre de faciliter d'une autre manière l'admission au marché du travail pour les ressortissants de certains pays tiers que par le biais de quotas de recrutement. Un accord préférentiel de recrutement sur le fondement de l'Article 100 :2 lit f peut par exemple remplacer les tests de nécessité au cas par cas par une admission généralisée pour certaines professions en forte demande en Suisse. Sans qu'il y ait besoin de justificatifs vis-à-vis du droit de l'OMC, le Conseil fédéral pourrait même prévoir des quotas préférentiels pour travailleurs agricoles ou pour les employés étrangers d'entreprises suisses dans un partenariat à la migration d'après l'Article 100:1, par exemple en échange de la coopération du pays d'origine dans la lutte contre la migration irrégulière, y compris les réadmissions de migrants en séjour non-autorisé dans le pays d'accueil.

V. Les accords sur les stagiaires – en dehors du champ d'application de l'AGCS ?

Le Conseil fédéral est mandaté en vertu de l'article 100 para. 2 lit. e pour conclure des accords relatifs à la formation et au perfectionnement professionnels. Il s'agit en majorité d'accords relatifs à l'échange de stagiaires, souvent accompagnés d'un arrangement sur l'application technique conclus sur le fondement du paragraphe 4 de l'article 100 et servant à créer les autorisations d'admission de stagiaires (art. 30 lit. g LEtr et art. 42 para. 1 de l'Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative - OASA). Ces autorisations dites de droit international sont ensuite transformées par l'Office fédéral des migrations (ODM) en autorisations d'entrée pour exercer une activité lucrative ou une prestation de service transfrontière à court terme (art. 42 para. 2 en combinaison avec l'art. 5 et art. 12 OASA), valables pour une année indépendamment de la situation du marché du travail. Ces accords de formation et de perfectionnement professionnels créent deux types de préférence par rapport aux

⁶⁴ CROSBY, *ibid.*

⁶⁵ GREENBERG et QALO, pp. 17-18.

⁶⁶ BUENO, *op. cit.*, p. 7.

critères d'admission réguliers⁶⁷. Tout d'abord, les stagiaires ne sont pas soumis à la priorité accordée aux travailleurs en Suisse ou aux ressortissants d'un Etat avec lequel un accord sur la libre circulation des personnes a été conclu d'après l'art. 21 LEtr.⁶⁸ Deuxièmement, les quotas d'admission sont définis par les accords de stagiaires et ne sont pas imputés aux nombres maximums d'autorisations des cantons ou de la Confédération pour des séjours de courte durée (Arts. 20 et 32 LEtr) mais seulement aux nombres maximums fixés dans les accords sur les stagiaires.

Dans le langage de l'OMC, ceci veut dire que pour les stagiaires ressortissants de pays avec lesquels la Suisse aurait conclu des accords d'échanges de stagiaires, il existe des critères d'admission à une activité lucrative plus favorables que ceux d'autres catégories de travailleurs. La question se pose donc de savoir si ce traitement plus favorable est conforme ou non à la clause de la nation la plus favorisée (NPF) de l'Article II AGCS qui oblige que le traitement préférentiel offert à un Membre soit généralisé à tous les Membres et qui interdit qu'un traitement plus favorable soit offert seulement à certains Membres, par exemple ceux avec lesquels la Suisse a conclu des accords relatifs à l'échange de stagiaires. Aussi, la clause NPF exige que le traitement soit généralisé « immédiatement et sans condition » à tous Membres de l'OMC, ce qui empêche les pays de conditionner le traitement à la conclusion d'un accord tel qu'un accord sur les stagiaires. Avant de savoir si les quotas d'admission prévus par la Suisse dans les accords relatifs aux stagiaires entravent ou non à la clause NPF de l'AGCS, il convient de se demander si les stagiaires tombent ou non dans le champ d'application de l'AGCS et seraient donc qualifiés de fournisseurs de services sur le fondement de l'Article I:2(d) AGCS et paragraphe 1 de l'Annexe.

Dans la doctrine, plusieurs voix soutiennent que les stagiaires ne sont pas des fournisseurs de services à part entière, le motif de leur séjour à l'étranger étant la consommation plutôt que la fourniture de services, par exemple à

⁶⁷ KLAUS, Felix, § 17 Ausländische Personen als Arbeitnehmende, in ÜBERSAX, Peter, RUDIN, Beat, HUGI Yar, Thomas und Geiser, Thomas (eds.) *Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis Band VIII*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009, p. 860. La Suisse a conclu des accords de formation et le perfectionnement professionnels avec les pays suivants : Espagne, Canada, Belgique, Danemark, Hongrie, Irlande, Italie, Luxembourg, Monaco, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Czech Republic, Allemagne, Afrique du Sud, Argentine, Australie, Bulgarie, Finlande, France, Grande Bretagne, Autriche, Philippines, Pologne, Portugal, Roumanie, Russie, Suède, Slovaquie, Ukraine, Etats-Unis. Il s'agit d'arrangements administratifs non publiés.

⁶⁸ Office fédéral des Migrations (ODM), Directives I. ; voir aussi : ÜBERSAX, Peter, RUDIN, Beat, HUGI Yar, Thomas et GEISER, Thomas (eds.) *Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis Band VIII*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2009, p. 289; Spescha, Handbuch, p. 72, 121

travers la participation à des cours de langues ou autres programme de formation à l'étranger. En échange, ces personnes fournissent elles aussi des services de formation et d'éducation, de perfectionnement professionnel, (cours de langue étrangère, instruction, recherche).⁶⁹ C'est l'élément d'échange qui est primordial et non pas de prestation de services. Dans tous les cas, les stagiaires combinent les éléments du mouvement temporaire du type mode 4 (prestation de services) et celui de la consommation des services du mode 2 (consommation).

D'autre part, les activités des stagiaires peuvent être financées par des bourses, dans quel cas elles ne remplissent pas remplir le critère de « services commerciaux » requis par l'Article I:3 de l'AGCS afin que le service tombe sous le champ d'application de l'AGCS.

Dans certains Etats Membres de l'UE, les stagiaires sont définis comme des personnes fournissant des services à temps partiel et suivant le reste du temps des cours de formation ou de perfectionnement professionnels. Les Etats-Unis prévoient des catégories particulières de visas pour les stagiaires, le visa H3 (Industrial Trainee US) pour les stagiaires dans l'industrie et le visa J1 pour les étudiants étrangers aux Etats-Unis qui à la suite des cours suivis aux Etats-Unis y restent pour effectuer une première expérience professionnelle d'une durée d'un an. Pour ces raisons, les stagiaires sont qualifiés de travailleurs à temps partiel ou « quasi » fournisseurs de services, étant donné que la moitié de leur temps est voué à la formation, à savoir de la consommation de services.

D'après une définition étroite de l'Article 1:II AGCS, les stagiaires ne peuvent pas être pleinement considérés comme fournisseurs de services au même titre que les étrangers se rendant dans le territoire d'une autre Membre de l'OMC dans le seul but d'y fournir des services. En conséquence, les stagiaires ne peuvent être considérés comme des fournisseurs de services tels que définis par le mode 4, mais comme catégorie de travailleurs à part.

Néanmoins, s'il on considère que dans nombre d'accords de libre-échange les stagiaires sont inclus dans les catégories de prestataires de services, ceci peut être interprété comme un indice qu'il s'agit en effet d'une catégorie hybride entre prestataire (mode 4) et consommateur de services (mode 2) qui tomberait donc sous les deux modes. Les stagiaires sont actuellement une catégorie de personnes en vogue, dont le mouvement temporaire est libéralisé non seulement dans des accords relatifs aux stagiaires, mais de plus en plus fréquemment dans les accords de libre échange conclus entre les pays en voie de développement faisant face à de fortes pressions migratoires et des pays in-

⁶⁹ NIELSON et CATTANEO, *op.cit.*, pp. 139-140.

dustrialisés destinataires de migrants réguliers et irréguliers. Ceci s'explique par le fait que la mobilité des stagiaires engendre d'importants gains pour le développement des pays d'origine.

Dans l'hypothèse où les stagiaires ne tombent pas dans la définition du mode 4 de l'AGCS au sens strict du terme, la clause NPF n'est pas applicable et les accords d'échanges de stagiaires prévoyant des quotas de recrutement plus favorables que ceux auxquels a recours la LEtr ne constituent pas une entrave à l'art. II AGCS. Cependant, cette question n'ayant pas été clarifiée, il serait plus prudent que la Suisse multilatéralise, dans ses propositions pour les négociations du cycle de Doha, les ouvertures actuelles qu'elle offre dans ses accords bilatéraux d'échanges de stagiaires.

VI. Conclusions: Impacts de l'AGCS sur la formulation de politiques migratoires bilatérales et régionales

L'AGCS de l'OMC ouvre des opportunités de libéralisation de la migration de travail dans le cadre limité des personnes physiques fournissant des services. Malgré le potentiel que cette mobilité temporaire de prestataires de services peut générer, l'AGCS reste une voie peu connue et dont l'utilisation par les autorités d'immigration de pays receveurs demeure limitée. Ceci pour deux raisons: souvent, cette voie multilatérale n'entre pas dans les compétences des ministères ou départements en charge des questions migratoires. En Suisse, ce n'est pas l'Office fédéral des migrations (ODM) mais le Secrétariat d'Etat à l'Economie (SECO) qui est a compétence pour négocier les ouvertures de la Suisse dans le mode 4 de l'AGCS. Deuxièmement, en raison de l'association plus accrue et voulue du mode 4 avec le commerce plutôt qu'avec les politiques migratoires, le mode 4 ne prévoit pas la réglementation des flux migratoires mais uniquement leur libéralisation. L'Annexe relative au mouvement des personnes physiques intégrée à l'AGCS exclut toute responsabilité de l'AGCS en ce qui concerne toute mesure en matière d'admission au séjour, de sécurisation des frontières, d'emploi permanent ou de recherche d'emploi, ceci diminue le « confort » nécessaire des pays destinataires de migrants pour qu'ils ouvrent davantage leurs marchés à tout prestataire de services, y compris les non formellement qualifiés. En troisième lieu, la clause NPF ne permet pas l'ouverture préférentielle des marchés. Pour cette raison, tout quota d'admission ou plafond minimum offert à un Membre de l'OMC dans le cadre d'un accord bilatéral de libre échange ou autre, doit être généralisé à l'ensemble des Membres de l'OMC. De plus, les engagements pris par les Membres de l'OMC en matière de commerce des services sont difficilement modifiables, ce qui rend difficile l'ajustement des quotas migratoires à la cyclicité des marchés du travail difficile à achever au niveau

multilatéral. Il revient donc aux accords de libre circulation, tel que celui de la Suisse avec l'UE de 2001, ou les accords migratoires en matière de recrutement, de formation (stagiaires) et de prestation de services, ainsi que les nouveaux partenariats à la migration que la Suisse est en mesure de conclure à niveau bilatéral ou multilatéral avec des pays d'origine de migrants, de gérer la double tâche de libéraliser d'une part et de réglementer d'autre part les migrations du travail ainsi que les risques liés, comme la fuite des cerveaux, le déplacement des travailleurs indigènes, l'abus des cartes de séjour, etc. Bien qu'il ne soit pas doté d'un mandat réglementaire pour gérer les flux migratoires, l'AGCS, en vertu de sa clause NPF de l'art. II, exerce une fonction quasi constitutionnelle sur les accords bilatéraux. Une fonction importante revient donc à la définition des prestataires de services et donc au champ d'application. A défaut de jurisprudence en la matière (rapports de l'organe d'appel de l'OMC et panels), ce champ d'application n'a à ce jour pas été suffisamment clarifié. En conséquence, le mode 4 reste ambigu en ce qui concerne les travailleurs agricoles, les stagiaires et les prestataires de services étrangers employés par une entreprise étrangère. A ceci, s'ajoute l'absence de classification au niveau multilatéral des différentes catégories de prestataires de services, ce qui résulte en une pratique interétatique mélangeant les définitions fonctionnelles (chef d'entreprise, spécialiste, fonctionnaire) avec les types de contrat (employé/salarié, travailleur contractuel, prestataire indépendant) s'y ajoute décalage entre la définition utilisée par un Etat au niveau multilatéral et les catégories d'admission établies par les lois nationales. L'avantage de ces irrésolus multilatéraux est qu'ils laissent une porte ouverte à la conclusion d'accords bilatéraux préférentiels dans les domaines de la formation (stagiaires), du recrutement de travailleurs agricoles ou de prestataires de services par des entreprises domiciliées dans le pays destinataire. L'avantage d'une admission à titre préférentiel plutôt que généralisée serait de fonctionner comme compensation offerte en échange d'une coopération de la part du pays d'origine dans la lutte contre la migration clandestine et la sécurisation des frontières. Cette conditionnalité, contestée tout de même en termes de droits de l'homme, reste un enjeu qu'une libéralisation des marchés du travail conforme à la clause NPF ne serait plus en mesure d'offrir.

Bibliographie

ADLUNG, RUDOLF et CARZANIGA, ANTONIA (2009). MFN Exemptions Under the General Agreement on Trade in Services: Grandfathers Striving for Immortality? in: 12(2) Journal of International Economic Law.

- BAST, JÜRGEN (2008). Annex on the Movement of Natural Persons, in Wolfrum, Rüdiger, Stoll, Peter-Tobias et Feinäugle, Clemens (eds.) *WTO-Trade in Services: Max-Planck Commentaries on World Trade Law*. pp. 573-595.
- BETTS, ALEXANDER et NICOLAIDIS, KALYPSO (2009). The Trade and Migration Linkage: GATS Mode IV, memo prepared for the Global Trade Ethics Conference, presented at Princeton University, 19 février 2009.
- BROUDE, TOMER (2007). The WTO/GATS Mode 4, International Labor Migration Regimes and Global Justice, The Hebrew University of Jerusalem, Faculty of Law, Research Paper No. 7-07 (2007).
- BUENO, NICOLAS (2010). L'admission des prestataires de services étrangers en Suisse, Une approche nationale, bilatérale et multilatérale, in *Jusletter* 25 janvier 2010, p. 2.
- CARZANIGA ANTONIA (2009). A warmer welcome? Access for natural persons under preferential trade agreements, in Marchetti, Juan A. and Roy, Martin (eds.) *Opening Markets for Trade in Services Countries and Sectors in Bilateral and WTO Negotiations*. Cambridge University Press (2009), pp. 475-502.
- CARZANIGA, ANTONIA (2003). The GATS Mode 4, and Patterns of Commitments, in Mattoo, Aaditya et Carzaniga, Antonia (eds), *Moving People to Deliver Services*, The World Bank and Oxford University Press, Washington D.C., pp. 21-26.
- CATTANEO. OLIVER et NIELSON, JULIA (2002) Current Regimes for Temporary Movement of Service Providers: Case Study – The United States of America at pg.3. Presented at the Joint-WTO-World Bank Symposium on Movement of Natural Persons (Mode 4) Under the GATS in April 2002.
- CHANDA, RUPA (2009) Mobility of Less-Skilled Workers under Bilateral Agreements: Lessons for the GATS, in: 43(3) *Journal of World Trade*, pp. 479-506.
- CHANDA, RUPA (2004) Movement and Presence of Natural Persons and Developing Countries: Issues and Proposals for the GATS Negotiations, Trade-Related Agenda, Development and Equity (TRADE) Working Paper 19, South Centre, Geneva, 2004.
- CHOLEWINSKY, RYSZARD (2008). Formulation and Management of Foreign Employment Policies in Countries of Destination, in *IOM World Migration Report* (2008) 285-326.

- CROSBY, DANIEL (2009). Advancing Services Export Interests of Least Developed Countries-Towards GATS Commitments on the Temporary Movement of Natural Persons for the Supply of Low-skilled and Semi-skilled Services, ICTSD Programme on Trade and Services and Sustainable Development Series Issue Paper No. 9.
- ECONOMIC COMMISSION FOR AFRICA (ECA), International Migration and Development, Implications for Africa, 2006, ECA/SDD/06/01.
- GLOBAL COMMISSION ON INTERNATIONAL MIGRATION (GCIM) (2005). *Migration at a Glance*, Genève.
- GRYNBERG, ROMAN and QALO, VENIANA (2007) Migration and the WTO, Commonwealth Working Paper.
- KAPUR, DEVESH and MC HALE (2005), *Give us Your Best and Your Brightest, The Global Hunt for Talent and Its Impact on the Developing World*. Center for Global Development, Washington DC.
- KLAUS, FELIX (2009). § 17 Ausländische Personen als Arbeitnehmende, in Übersax, Peter, Rudin, Beat, Hugli Yar, Thomas und Geiser, Thomas (éds.) *Ausländerrecht*, Handbücher für die Anwaltspraxis Band VIII, Helbing Lichtenhahn Verlag.
- KOSLOWSKY, REY (2008). Global Mobility and the Quest for an International Migration Regime, in Chamie, Joseph et Dall'Oglio, Luca (eds.) *International Migration and Development Continuing the Dialogue: Legal and Policy Perspectives*, Center for Migration Studies (CMS) et Organisation Internationale pour les Migrations (OIM).
- LUCAS, Robert, E.B. (2008). International Labor Migration in a Globalizing Economy, Carnegie Papers, No. 92, Juillet 2008.
- MAGDELEINE, JOSCELYN and A. MAURER, ANDREAS (2008). Measuring GATS Mode 4 Trade Flows, WTO Staff Working Paper ERSD-2008-05, Genève.
- MAMDOUH, HAMID, Mode 4 –Definition, commitments, state of play in the negotiations, presentation prepared for the WTO Symposium Mode 4 of the GATS, Taking stock and moving forward, OMC, 22-23 Septembre 2008.
- MARTIN, PHILIPP, ABELLA, MANOLO and KUPTSCH, CHRISTIANE (2006). *Managing Labor Migration in the Twenty-first Century*, Yale University Press.
- MAURER, ANDREAS et CHAUVET, PHILIPPE (2002), The Magnitude of flows of global trade in services, in: Bernard Hoekman, Aaditya Mattoo

et Philipp English (eds.) *Development, Trade and the WTO, A Handbook*, Banque Mondiale, p. 235-246.

MOUTON, JOHANN, BOSHOFF, NELIUS, KULATI, TEMBILE et TENG-ZENG FRANK (2007). *Scientific Mobility and the African Diaspora*, Centre for Research on Science and Technology (CREST), University of Stellenbosch, South Africa , James Martin Institute Working Paper 6 Avril 2007.

NIELSON, JULIA and OLIVER CATTANEO (2003), *Current Regimes for the Temporary Movement of Service Providers: Case Studies of Australia and the United States*, in Mattoo, Aaditya et Carzaniga, Antonia (eds), *Moving People to Deliver Services*, The World Bank and Oxford University Press, Washington D.C., pp. 113-155.

OECD (2009), *International Migration Outlook 2008*, OECD, Paris. <<http://www.oecd.org/dataoecd/8/53/41272221.pdf>>

OECD (2003). *Service Providers on the Move - Labour Mobility and the WTO General Agreement on Trade in Services*, OECD, Paris.

OIM, *Etat de la Migration dans le Monde 2008*, OIM, Genève.

PANIZZON, MARION (2010d). 'Standing together apart: Bilateral migration agreements and the temporary movement of persons under "mode 4" of GATS', Working Paper No. 77, University of Oxford, 2010.

PANIZZON, MARION (2010c). 'Art. 100', in: Martina Caroni, Thomas Gächter et Daniela Thurnherr (Hrsg.), *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)*, Stämpflis Handkommentar, Bern 2010.

PANIZZON, MARION (2010a). 'Trade and Labor Migration, GATS Mode 4 and Migration Agreements', Friedrich-Ebert-Stiftung, *Dialogue on Globalization Occasional Paper*, N° 47 / Janvier 2010, Genève.

PANIZZON, MARION (2010b). 'International Law of Economic Migration—a Ménage à Trois? GATS Mode 4, EPAs and Bilateral Migration Agreement', 44:6 *Journal of World Trade*, à paraître décembre 2010.

PANIZZON, MARION (2009). 'Bilateral Migration Agreements and the GATS: Sharing Responsibility versus Reciprocity', 5(3) *Journal of Migration and Refugee Issues*, 2009, pp. 70-130.

RAZA, WERNER, "Die GATS Verhandlungen zur temporären Migration von natürlichen Personen (Mode 4): eine Analyse der aktuellen Verhandlungen", Gutachten für die Kammer für Arbeiter und Angestellte

für Wien, Mai 2004. <http://wien.arbeiterkammer.at/bilder/d12/GATS_Mode4_Gutachten_HBS.pdf>

SOLIMANO, ANDRES (2001). International Migration and the Global Economic Order' World Bank, Policy Research Working Paper 2720 (2001).

ÜBERSAX, PETER (2009), § 7 Einreise und Anwesenheit, in: Übersax, Peter, Rudin, Beat, Hugi Yar, Thomas und Geiser, Thomas (eds.) *Ausländerrecht*, Handbücher für die Anwaltspraxis Band VIII, Helbing Lichtenhahn Verlag, pp. 221-309.

SPESCHA, MARC (2008), 4. Kapitel, Bewilligungs- und Meldepflicht, in : *Handbuch des Migrationsrechts*, Spescha, Marc, Thür, Hanspeter, Zünd, Andreas et Bolzli, Peter, eds., Zurich, pp. 43-50.

TRACHTMAN, JOEL, P. (2009), *The International Law of Economic Migration: Toward the Fourth Freedom*, W.E. Upjohn Institute for Employment Research.

WINTERS, L. ALAN, WALMSLEY T., WANG, Z. et GRYNBERG, R. (2003), Liberalising temporary movement of natural persons: an agenda for the Development Round, in: 26(8) *The World Economy* p. 1137-1162.

WORLD BANK, (2006), *Global Economic Prospects*, Washington DC.