

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

RESTRICTED
S/WPGR/W/38
21 janvier 2002

(02-0350)

Groupe de travail des règles de l'AGCS

Original: anglais

COMMUNICATION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES ET DE LEURS ÉTATS MEMBRES

La communication ci-après est distribuée aux membres du Groupe de travail des règles de l'AGCS, à la demande des Communautés européennes et de leurs États membres.

APPLICATION D'UNE MESURE DE SAUVEGARDE D'URGENCE EN FONCTION DU MODE DE FOURNITURE

1. La présente note vise à examiner certaines questions liées aux débats du Groupe de travail des règles de l'AGCS sur la base de l'article X de l'AGCS, au sujet d'une éventuelle mesure de sauvegarde d'urgence pour le commerce des services, compte tenu, en particulier, des quatre modes de fourniture d'un service. Les observations ci-après sont faites sans préjudice d'une position de la Communauté quant à l'opportunité et à la faisabilité d'un tel mécanisme et ne devraient en aucun cas être interprétées comme impliquant l'acceptation du recours à une mesure de sauvegarde d'urgence.

I. SITUATION ACTUELLE

2. Les mesures de sauvegarde existent dans le domaine des marchandises depuis 1947 (article XIX du GATT de 1947). Dans sa conception, une mesure de sauvegarde est un instrument simple qui s'applique aux marchandises étrangères qui traversent la frontière. Elle vise à protéger la branche de production nationale – définie comme suit: "*l'ensemble des producteurs des produits similaires ou directement concurrents en activité sur le territoire d'un Membre, ou [...] ceux dont les productions additionnées de produits similaires ou directement concurrents constituent une proportion majeure de la production nationale totale de ces produits*" (article 4:1 c) de l'Accord sur les sauvegardes) – contre le commerce équitable. Le principal critère est donc le lieu de fonctionnement des sociétés.

3. Dans le domaine des services, il n'existe pas d'historique de ce type en matière de mesures de sauvegarde. Élaborer un tel instrument dans le cadre de l'AGCS est une tâche compliquée, entre autres choses, en raison de l'existence des quatre modes de fourniture d'un service en comparaison du mode unique selon lequel se fait le commerce des marchandises dans le cadre du GATT.

4. Le mode 3 a été le sujet principal des discussions au Groupe de travail des règles de l'AGCS l'année dernière et plusieurs Membres en ont conclu qu'ils ne pouvaient pas appliquer de mesure de sauvegarde aux sociétés étrangères établies sur leur territoire (c'est-à-dire au mode 3). Il ne faudrait toutefois pas conclure de ce qui précède que l'application d'une mesure de sauvegarde dans le cadre des trois autres modes de fourniture n'est pas source de préoccupations. Il faut à présent analyser en profondeur ces autres modes ainsi que les relations intermodales, dont le Groupe de travail n'a jusque-là pas tenu compte.

5. La présente note examinera la question de l'application d'une mesure de sauvegarde pour chaque mode de fourniture séparément et présentera des observations préliminaires sur le point de savoir s'il est en principe possible d'avoir un ensemble de règles uniformes applicables aux quatre modes. Ce point a été soulevé dans le document communiqué par Maurice (JOB(01)/143, 24 septembre 2001).

II. APPLICABILITÉ D'UNE MESURE DE SAUVEGARDE AUX QUATRE MODES DE FOURNITURE

A. MODE 1 – FOURNITURE TRANSFRONTIÈRES DE SERVICES

6. Un fournisseur de services situé sur le territoire d'un Membre fournit des services sur le territoire d'un autre Membre. Si le fournisseur de services est une personne morale, il a pour origine le Membre où il est situé.

7. Certains Membres semblent considérer qu'une mesure de sauvegarde applicable dans le cadre du mode 1 ne soulève pas de difficultés de principe car cette forme de commerce est à première vue très semblable à ce qui se passe dans le domaine des marchandises.

8. La situation n'est toutefois pas aussi simple. Dans le domaine des marchandises, les fonctionnaires des douanes ont la possibilité d'imposer des droits sur des marchandises identifiées et, par conséquent, de les empêcher de traverser la frontière, selon qu'il convient. Il n'existe cependant pas de procédure similaire pour les services: aucun fonctionnaire des douanes n'identifie les services qui traversent les frontières et les services ne sont pas tous matérialisés dans une marchandise. Les services peuvent être fournis par l'envoi d'une communication, écrite ou non, par courrier, téléphone, télécopie ou Internet (par exemple, les services professionnels, les agences de voyages). De fait, aucun Membre ne peut sérieusement envisager de bloquer tout le courrier ou toutes les communications qui pénètrent sur son territoire: les mesures coercitives à la frontière ne sont donc pas aussi simples en ce qui concerne les services.

9. Cela dit, un Membre peut très bien déclarer que la fourniture transfrontières de services sur son territoire est illégale, bien qu'une telle interdiction soit difficile, voire impossible, à faire respecter. Les gouvernements seraient donc obligés de faire confiance aux sociétés pour ce qui est d'agir conformément à leur législation. Si, toutefois, certaines sociétés enfreignaient cette interdiction, le commerce aurait lieu dans la pratique mais les consommateurs perdraient très certainement le droit d'intenter une action en justice contre les fournisseurs de services étrangers qui ne rempliraient pas correctement leurs contrats. Il reste à savoir si cela aurait un effet quelconque.

10. Il est probable que des secteurs différents seraient affectés de différentes manières. Dans le cadre du mode 1, les services financiers prennent la forme de services bancaires commerciaux traitant avec les entreprises, de services de banques d'affaires, de services de crédit privé, de services d'assurance des risques majeurs, de services de réassurance et d'informations financières. Dans le domaine des télécommunications, un Membre pourrait être tenté d'utiliser une mesure de sauvegarde pour protéger les sociétés établies sur son territoire contre la concurrence des sociétés exerçant leurs activités depuis l'étranger. Il pourrait en être ainsi parce que les sociétés établies investissent dans son infrastructure terrestre alors que, par exemple, les sociétés de satellites qui exercent leurs activités sur une base transfrontières n'ont pas besoin de le faire. En outre, toutes les activités de distribution, et notamment la vente à distance, pourraient être affectées de même que le transport, et en particulier le transport maritime. Il est à noter que les secteurs susmentionnés sont tous d'une nature infrastructurelle et ont des liens étroits avec le commerce des marchandises. Il est donc nécessaire d'examiner les conséquences d'une mesure de sauvegarde dans ces services, et notamment les effets possibles sur le commerce des marchandises et le développement.

11. Les droits acquis ne sont pas faciles à identifier et à évaluer. Il s'agit d'une question importante et difficile. Le fait d'exercer ses activités avant la date de mise en œuvre de la mesure de sauvegarde ouvrirait-il droit à poursuivre l'activité commerciale? Dans l'affirmative, le critère pourrait être la question de savoir si le droit de fournir des services dans le cadre du mode 1 était utilisé par les fournisseurs de services avant que la mesure de sauvegarde ne soit prise. De plus, les relations commerciales existant depuis longtemps mériteraient-elles une considération particulière? Ou bien, les droits acquis ne seraient-ils reconnus que s'ils avaient été auparavant formalisés dans des contrats? Dans ce contexte, il serait utile de procéder à une analyse de la disposition relative aux produits "en voie d'acheminement" figurant à l'article XIII:2 b) du GATT de 1994.

12. Outre les sociétés exerçant leurs activités avant l'application de la mesure, d'autres fournisseurs de services peuvent être affectés. C'est le cas des sociétés dont les activités sont liées au secteur directement visé par les sauvegardes comme, par exemple, les sociétés de livraison expresse si une mesure de sauvegarde était prise dans le secteur du transport aérien de marchandises. Dans le domaine des marchandises, il n'est pas tenu compte des effets économiques d'une mesure de sauvegarde en aval ou en amont, sauf en ce qui concerne les Membres qui appliquent une clause relative à l'intérêt général. Dans le contexte de l'AGCS, il convient d'examiner s'il serait préférable d'adopter une approche différente, compte tenu notamment de l'absence de classification harmonisée.

B. MODE 2 – CONSOMMATION À L'ÉTRANGER

13. Un fournisseur fournit des services sur le territoire d'un Membre à un consommateur d'un autre Membre. Dans ce cas, l'origine précise du fournisseur de services est presque sans objet, ce qui importe, c'est que la consommation a lieu dans un pays étranger. Comme l'a dit le Mexique dans son document (JOB(01)/67 du 9 mai 2001), l'importation a lieu sur un marché étranger.

14. Une mesure de sauvegarde dans le cadre du mode 2 serait appliquée lorsqu'un Membre déciderait de réserver pour sa propre branche de production (y compris les sociétés étrangères établies sur son territoire) l'ensemble de la consommation intérieure d'un secteur de services et empêcherait par conséquent ses ressortissants de consommer des services similaires à l'étranger (y compris ceux qui seraient fournis par les filiales étrangères de ses entreprises nationales).

15. Il importe de ne pas perdre de vue que les difficultés auxquelles il est possible de remédier en employant une mesure de sauvegarde doivent être propres à un secteur et ne pas couvrir toutes les activités de l'économie. Dans ce dernier cas, les limitations sont plus susceptibles d'être liées aux difficultés financières extérieures du Membre, telles qu'elles sont définies à l'article XII de l'AGCS, et toute solution mise au point devrait être conforme à cette disposition.

16. Dans ces circonstances, la nécessité d'un mécanisme de sauvegarde visant ce mode de fourniture n'est pas évidente. On peut envisager des cas semblables au mode 1, notamment lorsqu'il n'est pas facile d'établir une distinction entre le mode 1 et le mode 2 (par exemple, les services fournis sur Internet). En outre, comme pour le mode 1, il sera difficile de contrôler l'exécution.

17. Il est nécessaire de préciser les cas où une mesure de sauvegarde pourrait être utilisée pour ce mode de fourniture. Le secteur le plus fréquemment mentionné dans le cadre du mode 2 est le tourisme, mais il est difficile d'imaginer un cas où l'interdiction faite aux citoyens de quitter le pays pour consommer des services de tourisme à l'étranger ne serait pas dictée par des difficultés financières ou des raisons politiques plus globales visées par les exceptions générales figurant aux articles XIV et XIVbis.

18. Droits acquis: Si un fournisseur de services établi sur le territoire d'un autre Membre avait depuis plusieurs années une part considérable de son commerce avec des clients originaires du Membre invoquant la mesure de sauvegarde, se verrait-il refuser tout droit de poursuivre cette relation

commerciale? Dans la négative, que signifie la notion de droits acquis dans le cadre du mode 2? La situation est quelque peu similaire à celle du mode 1.

C. MODE 3 – PRÉSENCE COMMERCIALE

19. Le service est fourni par le fournisseur d'un Membre, au moyen d'une présence commerciale sur le territoire d'un autre Membre. L'origine du fournisseur est celle des personnes physiques ou morales qui contrôlent ou détiennent ce fournisseur.

20. Le mode 3 soulève des difficultés pratiques importantes, telles que l'identification de la branche de production nationale (en effet, il peut s'avérer difficile de déterminer les ressortissants nationaux qui détiennent et contrôlent les grosses sociétés ou sociétés de participation), le statut du plaignant, la représentativité de la branche de production nationale.

21. En outre, dans le cadre de l'AGCS, les sociétés étrangères établies¹ ne sont pas considérées comme faisant partie de la branche de production nationale et peuvent être traitées moins favorablement que les sociétés détenues et contrôlées par des intérêts nationaux. Cependant, la plupart des Membres de l'OMC sont liés par leur législation interne et par un réseau d'accords d'investissement bilatéraux, en vertu desquels ils accordent généralement le traitement national aux sociétés étrangères établies. L'application d'une mesure de sauvegarde au mode 3, à savoir, visant les sociétés étrangères établies, est donc incompatible avec les autres réglementations de ce type. Et surtout, certains Membres contestent l'opportunité d'un mécanisme de sauvegarde applicable au mode 3, car cela rebuttera les investisseurs étrangers.

22. Dans ce contexte, deux options ont été débattues: l'exclusion du mode 3 du champ d'application d'un éventuel mécanisme de sauvegarde ou bien une exclusion limitée aux nouveaux venus.

23. L'exclusion totale du mode 3 serait satisfaisante pour protéger les investisseurs étrangers, mais entraînerait une certaine discrimination car l'emploi d'une mesure de sauvegarde dans le cadre du mode 1 favoriserait les sociétés établies par rapport aux sociétés qui fournissent des services sur une base transfrontières (mêmes observations que pour le mode 1 – problèmes de la concurrence entre les modes). Ici, la mesure de sauvegarde pourrait alors être utilisée comme incitation pour "attirer" l'investissement et pourrait fausser les courants d'échanges. De plus, cela sera de très mauvais augure pour les petites et moyennes entreprises qui n'ont pas les moyens d'établir une présence commerciale sur chaque marché d'exportation et qui exercent leurs activités sur une base transfrontières.

24. Protection des sociétés étrangères déjà établies: une mesure de sauvegarde ne serait utilisée que contre les nouveaux venus en les empêchant de pénétrer sur le marché intérieur. Le risque est que les Membres y voient une solution facile car cela donne l'impression de protéger correctement les droits acquis. Il convient de se montrer prudent vis-à-vis de cette approche, qui ne semble pas offrir la réponse appropriée à la situation justifiant une mesure de sauvegarde. Si un dommage est causé par l'accroissement de la fourniture de services dans le cadre du mode 3, les nouveaux venus ne peuvent pas en être responsables. Ce n'est pas en leur fermant le marché que l'on remédiera à ses faiblesses qui, très probablement, proviennent de l'absence d'un cadre réglementaire bien conçu, y compris d'une autorité chargée de la concurrence, dans le secteur des services considéré. En revanche cette option peut encourager la branche de production nationale à exercer des pressions sur le gouvernement afin qu'il utilise une mesure de sauvegarde pour fermer le marché une fois qu'un petit nombre de sociétés étrangères y auront pénétré. En fait, le débat relatif aux nouveaux venus opposés aux opérateurs traditionnels n'est pas nouveau dans le contexte de l'OMC (voir, par exemple, l'article 3 j) de l'Accord

¹ L'expression "sociétés étrangères établies" désigne les sociétés établies sur le territoire d'un Membre mais qui sont détenues ou contrôlées par des personnes physiques ou morales d'autres Membres.

sur les licences d'importation, qui dispose que, aux fins de l'octroi de licences non automatiques, les nouveaux importateurs seront pris en considération).

25. Droits acquis: différentes options se sont présentées (voir la communication du Mexique):

- a) *Protection intégrale*: les sociétés établies avant l'application de la mesure de sauvegarde ne seraient pas affectées. Il faut préciser le niveau de protection: ces sociétés se verraient-elles garantir l'intégralité du traitement national ou bien le traitement consolidé dans la liste d'engagements spécifiques du Membre qui invoque la mesure de sauvegarde?
- b) *Protection limitée aux droits exercés*: les sociétés établies ne seraient pas forcées à désinvestir mais elles ne seraient pas autorisées à développer leurs activités. La situation serait gelée et pourrait créer un déséquilibre en faveur de la plus grosse société présente sur le marché, les autres n'étant pas autorisées à participer à la concurrence pour augmenter leur part de marché.

26. Il faut examiner les liens avec les accords d'investissements bilatéraux. Si un Membre s'est engagé, dans le cadre d'un tel accord, à accorder le traitement national à l'investissement étranger, une mesure de sauvegarde pourrait alors ouvrir droit à porter l'affaire devant les tribunaux désignés dans l'accord comme étant compétents pour résoudre les conflits.

D. MODE 4 – MOUVEMENT DES PERSONNES PHYSIQUES

27. Le service est fourni par un fournisseur d'un Membre, au moyen de la présence de personnes physiques d'un Membre sur le territoire d'un autre Membre. Le fournisseur de services est soit une personne physique, soit une personne morale. Il pourrait s'agir d'une société qui envoie des employés à l'étranger ou d'une personne physique fournissant des services pour son propre compte.

28. La plupart des engagements spécifiques pris par les Membres dans le cadre du mode 4 concernent actuellement l'entrée des personnes en voyage d'affaires, des personnes mutées entre sociétés d'un même groupe ou des fournisseurs de services contractuels. Cela signifie que les personnes physiques transférées sont toutes des employés (ou des partenaires minoritaires) de personnes morales. En pareils cas, il n'est pas possible de considérer le mode 4 séparément des modes 1 et 3: la fourniture de services dans le cadre du mode 4 n'est autorisée que s'il existe un accès au marché dans le cadre soit du mode 3 (en ce qui concerne les personnes mutées entre sociétés d'un même groupe et les personnes en voyage d'affaires qui cherchent à établir une présence commerciale) ou du mode 1 (en ce qui concerne les fournisseurs de services contractuels et les personnes en voyage d'affaires qui veulent négocier ou conclure des contrats). Les fournisseurs de services bénéficiaires des engagements sont des sociétés et non pas des particuliers et, de même, il doit être constaté que le dommage subi sur le marché intérieur du Membre qui invoque la mesure de sauvegarde vise l'ensemble des fournisseurs du service similaire, sur le territoire du marché de ce Membre.

29. Certains Membres ont pris des engagements dans le cadre du mode 4 pour les professionnels indépendants. Toutefois, dans ce cas, il est nécessaire de réfléchir à la définition de la branche de production nationale: celle-ci n'inclurait-elle que les professionnels indépendants ou bien les personnes morales également?

30. Dans la pratique, une mesure de sauvegarde pourrait prendre la forme d'une limitation du nombre des entrées de personnes physiques. Il s'agit probablement de l'une des mesures de sauvegarde les plus faciles à faire respecter, les Membres contrôlant l'entrée des personnes physiques étrangères à leurs frontières extérieures (passeport, visa, permis de travail). Là encore, il convient de noter que les problèmes doivent être propres à un secteur et non pas liés à une ligne de conduite

générale adoptée par un Membre en matière d'immigration ou à une politique relative au marché du travail applicable à l'ensemble des secteurs de services.

31. Droits acquis: qui sont les bénéficiaires de droits acquis dans le cadre du mode 4? Quel traitement serait accordé aux personnes physiques qui sont sur le territoire du Membre au moment où une mesure de sauvegarde est prise? Leur serait-il demandé de quitter le territoire dès que possible ou bien seraient-elles autorisées à rester jusqu'à la fin de leur contrat? Dans le cas des personnes mutées entre sociétés d'un même groupe, les droits acquis incluent-ils le droit de remplacer un expatrié une fois que son affectation a pris fin? Dans ce cas, on peut considérer que le fournisseur de services a exercé son droit de muter une personne entre deux sociétés d'un même groupe et qu'il devrait être autorisé à continuer.

III. UN ENSEMBLE DE RÈGLES UNIFORMES POUR TOUS LES MODES DE FOURNITURE EST-IL POSSIBLE?

32. Il convient de réfléchir davantage à cette question. On ne trouvera ci-après que des observations préliminaires:

- a) il serait prématuré d'exclure les débats sur le fait de couvrir tous les modes, et cela pour les raisons suivantes:
 - i) Il semble difficile de séparer complètement du mode 2 une sauvegarde prise dans le cadre du mode 1.
 - ii) L'application d'une mesure de sauvegarde à un mode uniquement ne tiendrait pas compte de la réalité de la concurrence entre les modes et créerait une distorsion des échanges:
 - Une mesure de sauvegarde limitée au mode 1 pourrait être utilisée comme instrument pour "encourager" les sociétés étrangères à investir sur un marché donné pour y exercer leurs activités. Cela ne serait pas suffisamment attrayant si l'économie du Membre concernée était petite, mais pour un grand marché, ce pourrait être un instrument efficace, particulièrement préjudiciable aux petites et moyennes entreprises par rapport aux grosses sociétés. D'autre part, une mesure de sauvegarde appliquée aux modes 1 et 3 conduirait à établir une discrimination entre les sociétés du même Membre: une société ayant établi une présence commerciale sur le territoire du Membre qui invoque une mesure de sauvegarde avant l'adoption de la mesure pourrait être autorisée à poursuivre ses activités, tandis qu'une société qui chercherait à investir après l'adoption de cette même mesure, ou qui fournirait des services similaires depuis le territoire d'un autre Membre, se verrait empêchée de le faire et perdrait le marché. Là encore, ce problème existe déjà dans le domaine des marchandises car les sociétés qui produisent sur le territoire du Membre invoquant la mesure de sauvegarde ne sont pas affectées par cette dernière et les nouveaux investissements sont autorisés (sauf s'il s'agit d'une question de contournement). Cela mérite une évaluation en ce qui concerne les services.
 - iii) Parallèlement, une mesure devrait se limiter à l'action nécessaire pour corriger la situation (faut-il entendre par là uniquement au mode qui cause le dommage?)

- iv) Le mode 4 étant intrinsèquement lié soit au mode 1, soit au mode 3, il ne peut pas être traité séparément des autres modes de fourniture.
- b) Certains aspects ne semblent pas être propres à tel ou tel mode:
- i) La situation justifiant une mesure de sauvegarde.
 - ii) La conduite de l'enquête.
 - iii) La notification à l'OMC.
 - iv) Les consultations.
 - v) Le mécanisme de compensation, le cas échéant.
 - vi) Les indicateurs de l'existence d'un dommage: la branche de production nationale fournissant des services similaires devrait laisser apparaître l'existence d'un dommage. Il n'y a pas d'arguments en faveur d'un changement de critères en fonction du mode de fourniture considéré, car la branche de production affectée demeure la même: *l'ensemble des producteurs des services similaires ou directement concurrents*.
 - vii) Détermination de la branche de production nationale: le même fournisseur de services peut avoir des origines différentes, selon le mode de fourniture dans le cadre duquel il a choisi d'agir. Ainsi, la filiale brésilienne d'une société des Communautés, fournissant des services tant au Brésil qu'en Argentine, sera considérée par le Brésil comme une société des Communautés et par l'Argentine comme une société brésilienne. Cela ne pose pas de problème parce que la mesure de sauvegarde ne peut pas être discriminatoire. La principale difficulté concerne l'inclusion ou non des sociétés étrangères établies dans la branche de production nationale, mais y a-t-il une raison d'adopter une démarche différente, selon le mode de fourniture considéré?
- c) Certains éléments appellent une solution propre à tel ou tel mode:
- i) La mesure la plus appropriée pour corriger une situation justifiant une sauvegarde.
 - ii) Des indicateurs et des critères aux fins de mesurer l'accroissement de la fourniture du service.
 - iii) Les droits acquis: il convient toutefois de préserver la cohérence entre les modes de fourniture. Par exemple, si les droits acquis font l'objet d'une définition large en ce qui concerne le mode 3, il devrait en aller de même, dans un souci de cohérence, pour les modes 1, 2 et 4.
-