



16 février 2018

(18-1023)

Page: 1/4

**Conseil général
Conseil du commerce des marchandises
Conseil du commerce des services
Conseil des aspects des droits de propriété
intellectuelle qui touchent au commerce
Comité du commerce et du développement**

Original: anglais

PROGRAMME DE TRAVAIL SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

SUPPRESSION DES OBSTACLES AU COMMERCE DANS LE CYBERESPACE: VERS UN ACCÈS ÉGAL ET RÉCIPROQUE À L'ENVIRONNEMENT COMMERCIAL NUMÉRIQUE

*Note informelle présentée par le Territoire douanier distinct de
Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu*

La note informelle ci-après, datée du 15 février 2018, est distribuée à la demande de la délégation du Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu.

1 INTRODUCTION

1.1. Les avantages d'Internet pour le commerce international sont déjà largement reconnus et profitent aux opérateurs traditionnels du commerce international aussi bien qu'aux nouveaux opérateurs commerciaux d'Internet. Malgré les grandes distances géographiques et les strictes frontières politiques et nationales, les fournisseurs et les clients peuvent désormais se rencontrer aisément et librement dans le cyberspace. Grâce à Internet, leurs coûts de commercialisation, de transaction et d'administration sont réduits. Les systèmes en ligne permettent de rationaliser le processus de passation de commande.

1.2. D'après plusieurs travaux de recherche, les pays en développement sans littoral et les petites et moyennes entreprises (PME) sont plus avantagés par l'accès à Internet que les pays développés et les grandes sociétés multinationales, principalement parce qu'Internet permet aux premiers d'entrer en contact avec des clients étrangers qu'ils ne pouvaient toucher auparavant, pour des raisons financières ou autres.

1.3. Cependant, il est également largement admis que le cyberspace ne devrait pas échapper à la loi. Les règles régissant les activités "hors ligne" devraient s'appliquer également en ligne. Répondant à divers objectifs de politique générale, les réglementations gouvernementales sur les activités dans le cyberspace peuvent prendre différentes formes. L'intervention dans les flux de données est un outil fréquemment utilisé. Par exemple, la localisation obligatoire des données exige que les informations personnelles soient stockées sur des serveurs nationaux, ce qui permet de protéger la vie privée des propriétaires des données tout en préservant l'accès de l'autorité nationale à ces données. Les gouvernements peuvent aussi intervenir dans le trafic Internet, directement ou avec l'aide des fournisseurs d'accès à Internet (FAI), pour filtrer les demandes en ligne et bloquer l'accès à certains sites Web diffusant des contenus immoraux ou illégaux.

1.4. Il convient de noter qu'à l'ère du numérique, le fait de disposer d'un accès à Internet et de pouvoir contacter quelqu'un ou être contacté par ce biais est une condition de participation essentielle et nécessaire. Au vu de l'utilisation de plus en plus répandue d'Internet dans la pratique

du commerce international, l'intervention de l'État dans la transmission transfrontières d'informations par voie électronique risque fort de susciter des préoccupations commerciales. À titre d'exemple, ces interventions des pouvoirs publics font grimper les coûts de commercialisation, de transaction et d'administration supportés par les fournisseurs, ce qui affaiblit leur position face aux concurrents disposant d'un accès à Internet et en mesure de communiquer ou d'être contactés via Internet.

1.5. Dans des cas extrêmes, le fournisseur visé par les interventions aura beaucoup de mal à transmettre correctement les informations concernant ses produits ou services aux clients potentiels, voire à être reconnu par ces clients. En définitive, il peut se retrouver dans l'incapacité totale de toucher un consommateur potentiel quel qu'il soit, ce qui est encore plus grave que d'être simplement privé d'accès aux marchés.

1.6. À titre indicatif, la présente note informelle utilise l'expression "obstacles au commerce dans le cyberspace" (OCC) pour désigner les interventions des pouvoirs publics dans la transmission transfrontières d'informations par voie électronique, susceptibles d'avoir un effet de restriction ou de prohibition sur le commerce international. Nous notons que des obstacles au commerce peuvent aussi être créés par l'inaction des pouvoirs publics, par exemple le défaut de protection de la vie privée sur Internet ou l'absence d'une véritable législation en matière de signature. Cette dimension n'est toutefois pas abordée ici car nous souhaitons rester dans notre sujet.

2 CLARIFICATION DU SENS DE "DONNÉES"

2.1. Dans le cadre des discussions sur le commerce électronique tenues actuellement à l'OMC, des auteurs de propositions ont soulevé, dans une certaine mesure, des préoccupations concernant les mesures OCC. Par exemple, dans la note informelle des États-Unis, trois points distincts traitent des préoccupations liées aux flux de données.¹ Le premier titre, "Favoriser les flux de données transfrontières", aborde la tension entre libre circulation de l'information et protection des données des consommateurs. Le deuxième point, "Promouvoir un Internet libre et ouvert", semble porter sur le caractère globalement ouvert d'Internet. Enfin, le troisième point, "Prévenir les obstacles liés à la localisation", traite la prescription obligatoire concernant les centres de données locaux; les flux de données ne sont pas spécifiquement mentionnés.

2.2. Dans l'inventaire très complet proposé par le Canada, le Chili, la Colombie, la Corée, la Côte d'Ivoire, le Mexique, Moldova, le Monténégro, le Paraguay, Singapour, la Turquie, l'UE et l'Ukraine², la question des flux de données et de la localisation se trouve sous le titre "Mesures assurant l'ouverture". La proposition du Brésil³, qui place également les "Disciplines assurant les flux de données transfrontières" sous le titre "Mesures assurant l'ouverture", suggère une approche et une compréhension similaires de la question.

2.3. Par ailleurs, dans sa note informelle⁴, le Japon donne une description claire de l'expression "transfert d'informations à travers les frontières par des moyens électroniques", à savoir "[l]a libre circulation des informations codées numériquement, qui permet aux consommateurs et aux fournisseurs de tirer le maximum d'avantages de l'environnement numérique, devrait être autorisée à travers les frontières, lorsqu'elle sert à l'activité commerciale".

2.4. Cependant, nous notons également que les termes "données" et "informations" peuvent se chevaucher, mais de façon différente selon les propositions susmentionnées. Dans certaines propositions, le terme "données" semble désigner les "données personnelles" ou les "données sur les transactions", car elles touchent à la question de la protection de la vie privée ou de la protection des consommateurs. Dans d'autres propositions, la question des flux de données est étudiée dans un contexte plus large, comme celui d'un Internet gratuit.

2.5. Comme indiqué précédemment, l'expression "obstacle au commerce dans le cyberspace" (OCC) s'applique ici aux effets restrictifs pour le commerce des interventions de l'État dans la transmission transfrontières d'informations par voie électronique. Dans ce contexte, le terme "données" ou "information" devrait être compris dans le sens, le plus large possible: tous les types

¹ JOB/GC/94 (4 juillet 2016).

² JOB/GC/116/Rev.2 (15 juin 2017).

³ JOB/GC/98 (20 juillet 2016).

⁴ JOB/GC/100 (21 juillet 2016).

d'informations transmises via Internet. Il convient également de noter qu'ici, les données ne désignent pas uniquement les données générées pendant ou après la transaction (par exemple, les données personnelles fournies aux vendeurs en ligne étrangers pour l'expédition), mais également les données transmises avant la réalisation d'une transaction (par exemple, les communications en ligne avec le vendeur concernant la négociation du prix) et même avant la rencontre des parties (par exemple, lorsque le consommateur effectue des recherches sur Internet pour trouver les meilleurs vendeurs).

2.6. Les obstacles au commerce traditionnels, qui prennent la forme de droits de douane, de contingents ou d'autres prescriptions non tarifaires, s'appliquent généralement après le déroulement ou la conclusion de la transaction. À l'inverse, les obstacles au commerce dans le cyberspace empêchent souvent les vendeurs et les consommateurs potentiels d'entrer en relation sur Internet, ce qui élimine d'entrée de jeu toute possibilité commerciale. Dans ces conditions, si les discussions n'examinent pas de manière appropriée les données associées aux premiers stades du processus commercial (phase préalable au rapprochement), elles ne pourront remédier aux effets négatifs sur le commerce des OCC.

3 RÈGLES EXISTANTES DE L'OMC SUR LA CIRCULATION DE L'INFORMATION

3.1. Les règles existantes de l'OMC ont été majoritairement élaborées avant l'avènement de l'économie numérique. Naturellement, la question de la circulation de l'information n'était guère envisagée par les négociateurs à l'époque. L'analyse ci-après démontre que même si l'AGCS et le GATT peuvent énoncer des disciplines sur certains aspects de cette question, les incidences juridiques globales sont, pour le moins, assez limitées. Cela explique en partie pourquoi aucune question de ce type n'a jamais été portée devant le mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

3.2. Parmi les Accords de l'OMC, l'AGCS est peut-être le plus pertinent eu égard à la question des obstacles au commerce dans le cyberspace. Il s'applique aux "mesures des Membres qui affectent le commerce des services" (article I:1 de l'AGCS) et, étant donné sa neutralité technologique, il vise les services fournis par tous les moyens, y compris par voie électronique, et selon tous les modes de fourniture. Cela signifie que lorsqu'ils appliquent une mesure OCC, les Membres doivent, dans tous les cas, suivre l'article II (NPF) et l'article III (transparence).

3.3. Néanmoins, au-delà du traitement NPF et de la transparence, l'application de l'AGCS à la question des obstacles au commerce dans le cyberspace pourrait être limitée. Les articles XVI (accès aux marchés), XVII (traitement national) et VI (réglementation intérieure) de l'AGCS ne s'appliquent qu'aux secteurs de services et aux modes de fourniture pour lesquels les Membres de l'OMC ont pris des engagements spécifiques. Or les engagements contractés par les Membres au début des années 1990 risquent fort de ne pas être en adéquation avec les réalités technologiques actuelles. Si le système de la Classification centrale des produits (CPC) continue d'être mis à jour par la Division de statistique de l'ONU, la version sur laquelle se basent les listes d'engagements de la plupart des Membres de l'OMC est toujours celle de 1991. Pour les nouveaux opérateurs commerciaux d'Internet, il peut s'avérer délicat et discutable d'intégrer leurs modèles d'entreprise dans les sous-catégories des listes.

3.4. Même en ce qui concerne le commerce électronique qui est littéralement inclus dans les catégories existantes des listes, on peut se demander si les six obstacles à l'accès aux marchés définis à l'article XVI de l'AGCS peuvent couvrir les mesures OCC. Le blocage total d'un site Web étranger, que ce soit pour non-respect des prescriptions relatives à la localisation des données ou pour toute autre raison, peut être considéré comme une "limitation concernant le nombre de fournisseurs de services" au titre de l'article XVI:2 a) de l'AGCS, car il a les mêmes effets qu'un contingent nul. On peut néanmoins se demander si "les mesures OCC qui filtrent une partie des flux de données" relèvent de la définition des "limitations concernant la quantité totale de services produits, exprimées en unités numériques déterminées, sous forme de contingents ou de l'exigence d'un examen des besoins économiques" figurant à l'article XVI:2 c) de l'AGCS.

3.5. Dans le cas où une mesure OCC a, de fait, un effet de limitation du commerce des marchandises (le blocage d'une plate-forme de vente de détail en ligne, par exemple), on peut se demander si l'article XI:1 du GATT peut s'appliquer d'une telle manière que la mesure OCC constitue une restriction *de facto* à l'importation de marchandises.

3.6. Cet argument n'a jamais été vérifié par des groupes spéciaux ou par l'Organe d'appel de l'OMC. La manière d'établir la nature *de facto*, c'est-à-dire le lien de causalité entre la mesure OCC et son incidence alléguée sur le commerce, représente une difficulté prévisible. Les organes juridictionnels de l'OMC ont régulièrement estimé qu'un faible niveau d'échanges ne pouvait pas en soi constituer la seule preuve de l'impact d'une mesure. Le plaignant devrait alors répondre aux difficiles questions hypothétiques sous diverses formes (par exemple, *que se passerait-il* si la mesure OCC en question n'existait pas?).

4 SUGGESTIONS POUR LES TRAVAUX FUTURS

4.1. Les auteurs de la présente note informelle sont d'avis que la question des obstacles au commerce dans le cyberspace devrait être un thème essentiel des futures discussions à l'OMC sur le commerce électronique. Le fait de laisser cette question de côté et de prévoir uniquement des actions de facilitation sur d'autres aspects du commerce électronique ne serait guère utile pour améliorer l'équité et l'efficacité du commerce électronique mondial. L'important n'est pas la forme de la mesure mais l'objectif et l'esprit de la règle visant l'équité et l'ouverture du système commercial par l'élimination des obstacles au commerce dans le cyberspace. Il est donc essentiel d'assurer la libre circulation de l'information entre les Membres via Internet, et de garantir que tous les Membres ont incontestablement le droit d'accéder au réseau des autres Membres, sur la base de la réciprocité et de l'égalité. Ainsi, les possibilités commerciales pourront être pleinement accessibles à tous les participants, en particulier ceux des PME.

4.2. Dans un premier temps, les Membres pourraient envisager d'élaborer un ensemble de principes directeurs non contraignants sur la question des obstacles au commerce dans le cyberspace, y compris mais non exclusivement:

- en clarifiant les règles existantes de l'OMC et les engagements relatifs aux mesures OCC, et;
- en définissant la portée des objectifs légitimes de politique générale pour lesquels de telles mesures peuvent être justifiées, tout en reconnaissant le droit des Membres à réglementer les activités en ligne.

4.3. À long terme, les Membres pourraient envisager d'établir des disciplines concrètes et juridiquement contraignantes sur la question des obstacles au commerce dans le cyberspace. Au titre de ces disciplines, les Membres pourraient alors confirmer qu'ils reconnaissent les effets indésirables des mesures OCC et s'engager à garantir et à préserver la libre transmission transfrontières des informations par voie électronique. En plus de définir clairement les objectifs légitimes de politique nationale qu'ils peuvent poursuivre en appliquant des mesures OCC, les Membres pourraient explicitement convenir que ces mesures sont autorisées dans des circonstances exceptionnelles, et mettre en place des règles pour faire en sorte que l'application de mesures OCC ne crée pas d'obstacles non nécessaires au commerce international.
