

8. — L'AVENIR DU COMMERCE OU LE COMMERCE DE L'AVENIR? COMMENT LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE PEUT-IL GARANTIR LE FUTUR DE L'OMC?

**Delphine Ducasse
et Bezahinibé Micheline Somda**

DELPHINE DUCASSE

détient une maîtrise en droit international et politique internationale appliqués de l'Université de Sherbrooke et se spécialise en droit international du commerce.

BEZAHINIBÉ MICHELINE SOMDA

est doctorante en droit international à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Sa thèse, financée par le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada (CRSH), porte principalement sur les critères d'internationalité permettant de définir les organisations internationales non gouvernementales en droit international. Également chargée de cours, Micheline enseigne plusieurs cours, dont les relations économiques internationales et les accords de libre-échange.

Introduction

Le 30 janvier 2020, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) déclarait la COVID-19 comme constituant une urgence de santé publique internationale¹. Si cette pandémie a éprouvé le monde entier sur plusieurs plans, elle l'a également placée face à une réalité : la nécessité de numériser plusieurs activités, dont les activités commerciales. Alors que les États fermaient leurs frontières, mais également leurs commerces, la grande majorité des consommateurs se sont tournés vers le commerce électronique, dont les ventes se chiffraient déjà à 26 700 milliards de dollars à l'échelle mondiale en 2019². La part mondiale du commerce électronique dans le commerce de détail est passée de 14 % en 2019 à 17 % en 2020³, laissant entrevoir une croissance de ce type de commerce à l'avenir. Les récentes études semblent d'ailleurs le confirmer puisqu'en 2019, 1,48 milliard de personnes âgées de 15 ans et plus ont effectué des achats électroniques⁴, alors que 50 % des consommateurs s'attendent à continuer de faire leurs achats plus souvent en ligne⁵.

La pandémie de COVID-19 a clairement montré que le commerce électronique pouvait être un outil important pour les consommateurs et les entreprises, mais également un moteur pour la croissance intérieure⁶ et le commerce international⁷. M. Koichi Hagiuda, ministre japonais de l'Économie, du Commerce et de l'Industrie, affirmait d'ailleurs qu'« [a]lors que le monde devient de plus en plus connecté grâce au numérique, le commerce électronique accroît la richesse des populations dans le monde entier »⁸. Considérant qu'en 2021, 63 % de la population mondiale a utilisé Internet contre 54 % en 2019⁹, il est possible d'envisager que le commerce électronique se développera au fur et à mesure que la connectivité mondiale augmentera.

1. OMS, « Chronologie de l'action de l'OMS face à la COVID-19 » (2020), en ligne : OMS, <www.who.int/fr/news/item/29-06-2020-covidtimeline>.

2. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), « Estimates of Global E-commerce 2019 and Preliminary Assessment of COVID-19 Impact on Online Retail 2020 » (2020) UNCTAD Technical Notes on ICT for Development N° 18 à la p 4, en ligne (pdf) : UNCTAD <unctad.org/system/files/official-document/tn_unctad_ict4d18_en.pdf> [UNCTAD, « Estimates of Global E-commerce 2019 »]. Ce chiffre représente la valeur mondiale du commerce électronique B2B (*business-to-business*) et B2C (*business-to-consumer*).

3. UNCTAD, *COVID-19 and E-commerce: A Global Review*, Genève, Nations Unies, 2021, en ligne (pdf) : UNCTAD <www.unapcict.org/sites/default/files/2021-03/Ecommerce%20and%20COVID-19%20-%20A%20Global%20Review.pdf> [UNCTAD, *COVID-19 and E-commerce*].

4. UNCTAD, « Estimates of Global E-commerce 2019 », *supra* note 2 à la p 6.

5. UNCTAD, *COVID-19 and E-commerce*, *supra* note 3 à la p 10.

6. Selon Statistique Canada, « les ventes du commerce électronique ont plus que doublé, affichant une augmentation de 110,8 % comparativement à

mai 2019 ». Jason Aston et al, « Le commerce de détail électronique et la COVID-19 : comment le magasinage en ligne a ouvert des portes pendant que beaucoup se fermaient » (24 juillet 2020), en ligne : *Statistique Canada* <www150.statcan.gc.ca/n1/pub/45-28-0001/2020001/article/00064-fra.htm> [StatCan, « Le commerce de détail électronique et la COVID-19 »].

7. Le commerce électronique représentait 30 % du produit intérieur brut mondial en 2020, les ventes mondiales ayant dépassé plus de 26 000 milliards de dollars américains. Nations Unies, « Commerce électronique : plus de 26.000 milliards de dollars de ventes au détail en ligne stimulées par la Covid-19 » (3 mai 2021), en ligne : *ONU Infos* <news.un.org/fr/story/2021/05/1095192> [Nations Unies, « Commerce électronique »].

8. OMC, « Les co-organisateur des négociations sur le commerce électronique se félicitent des progrès substantiels accomplis dans les négociations » (14 décembre 2021), en ligne : *OMC* <www.wto.org/french/news_f/news21_f/ecom_14dec21_f.htm>.

9. International Telecommunication Union, *Measuring Digital Development Facts and Figures 2021*, Genève, International Telecommunication Union, 2021, à la p 1, en ligne (pdf) : <www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/FactsFigures2021.pdf> [ITU, *Measuring Digital Development Facts and Figures 2021*].

Le commerce électronique offre une grande possibilité de diversification des partenaires commerciaux, notamment pour les pays en développement¹⁰. Toutefois, pour que les pays développés, les pays en développement, les pays les moins avancés ainsi que les petits pays insulaires puissent tous tirer profit du commerce électronique, une « approche holistique multipartite »¹¹ semble être à privilégier afin d'établir des règles multilatérales. Bien que l'Organisation mondiale du commerce (OMC) semble constituer le forum approprié à cet effet, les règles multilatérales sur le commerce électronique tardent à y être mises en place. Aucune réglementation relative au commerce électronique n'a été concrétisée à ce jour à l'OMC depuis l'adoption du Programme de travail sur le commerce électronique par le Conseil général en 1998¹².

La stagnation du système multilatéral a en partie causé la migration de l'encadrement du commerce électronique vers le système régional. De plus en plus d'accords commerciaux régionaux¹³ contiennent des dispositions sur le commerce électronique. De même, des pays comme la Suisse poussent pour un modèle de réglementation du commerce électronique dans le cadre d'accords de libre-échange¹⁴, et des unions douanières comme l'Union européenne vont plus loin dans la réglementation¹⁵. Ces initiatives, même si elles sont positives du fait de leur contenu réglementaire, contribueront à la diversification des règles applicables au commerce électronique, déjà observable dans les accords commerciaux régionaux. Plus le temps va passer, plus l'obtention d'un consensus autour d'un accord sur le commerce électronique sera difficile en raison de la grande diversité des règles déjà existantes et acceptées par les Membres de l'OMC dans les forums régionaux ou bilatéraux.

Pourtant, eu égard aux nombreuses statistiques sur le commerce électronique¹⁶ ainsi qu'aux prévisions sur l'accès à Internet dans le monde¹⁷, le commerce électronique semble être le commerce de l'avenir, mais également l'avenir du commerce. Représentant déjà 30 % du produit

10. UNCTAD, *COVID-19 and E-commerce*, supra note 3 à la p 12.

11. *Ibid* à la p 11.

12. OMC, « Programme de travail sur le commerce électronique » (25 septembre 1998), en ligne : OMC <www.wto.org/french/tratop_f/ecom_f/wkprog_f.htm> [OMC, Programme de travail sur le commerce électronique].

13. En juin 2019, 84 accords commerciaux comportaient des dispositions relatives au commerce électronique contre 75 en 2017. Mark Wu, *Digital Trade-Related Provisions in Regional Trade Agreements: Existing Models and Lessons for the Multilateral Trade System*, Genève, International Centre for Trade and Sustainable Development, 2017 à la p 7. La majorité des méga-accords commerciaux régionaux (*Accord Canada-États-Unis-Mexique*, *Accord de partenariat transpacifique global et progressiste*, *Accord économique et commercial global et Partenariat régional économique global*) contiennent également des dispositions, voire un chapitre entier, sur le commerce électronique.

14. Philippe Rocheray, « Le commerce électronique permet de franchir les frontières en quelques secondes. La protection des données et un Internet ouvert jouent ainsi un rôle toujours plus important dans les accords de libre-échange » (4 octobre 2021), en

ligne : *La Vie économique* <dievolkswirtschaft.ch/fr/2021/10/accords-de-libre-echange-le-commerce-en-ligne-gagne-en-importance/>.

15. Pour en savoir davantage, voir Commission européenne, « Règles du commerce électronique dans l'UE », en ligne : *Commission européenne* <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/fr/policies/e-commerce-rules-eu>>.

16. Pour des exemples de statistiques sur le commerce électronique, voir UNCTAD, « Le commerce électronique mondial atteint 26 700 milliards de dollars, le covid-19 stimule les ventes au détail en ligne » (3 mai 2021), en ligne : UNCTAD <<https://unctad.org/fr/news/le-commerce-electronique-mondial-atteint-26-700-milliards-de-dollars-le-covid-19-stimule-les>>; Statista, « Statistiques sur E-Commerce en Monde », en ligne : *Statista* <<https://fr-statista.com/map/monde/secteurs/e-commerce>>; Maddy Osman, « Statistiques sur le eCommerce pour 2022 – Chatbots, Voix, Marketing Omni-Channel » (10 juin 2021), en ligne : *Kinsta* <<https://kinsta.com/fr/blog/statistiques-e-commerce/>>; StatCan, « Le commerce de détail électronique et la COVID-19, supra note 6; Rebecca Carter, « La liste ultime des statistiques de commerce électronique pour 2022 » (29 mai 2022), en ligne : *Findstack* <<https://findstack.com/fr/ecommerce-statistics/>>.

intérieur brut mondial en 2020¹⁸, un encadrement juridique dans un cadre multilatéral devient nécessaire afin de rendre le commerce électronique profitable à tous les pays indépendamment de leur niveau de développement. Compte tenu de l'évolution très rapide dans le secteur technologique et électronique ainsi que de l'accélération de la transformation numérique en raison de la pandémie¹⁹, le temps presse pour l'OMC en tant que forum idéal de négociation d'un accord multilatéral sur le commerce électronique. Comment l'OMC pourrait-elle trouver le consensus vers un accord sur le commerce électronique en s'inspirant des règles déjà existantes acceptées par ses Membres? Une éventuelle réponse à cette question nécessite d'abord une présentation des discussions relatives au commerce électronique à l'OMC qui, si elles présentent quelques avancées, ne se font pas sans difficulté (I). Ensuite, les règles liées au commerce électronique dans les accords commerciaux régionaux feront l'objet d'une analyse permettant d'en ressortir l'hétérogénéité, mais aussi le contenu relativement avancé par rapport à l'OMC, pouvant inspirer les négociateurs d'un futur accord international à travers la modélisation conventionnelle (II).

I. – Les tentatives d'encadrement du commerce électronique à l'OMC

L'accroissement du commerce électronique a indubitablement une incidence sur le commerce international, et ce, tant sur le plan des difficultés d'application des règles commerciales existantes²⁰ (A) que sur le plan de l'avancement du Programme de travail sur le commerce électronique (B) et des négociations commerciales dans le but d'un accord multilatéral sur le commerce électronique (C).

A. – Le commerce électronique : entre commerce des marchandises et commerce des services

La vente en ligne d'une chanson est-elle considérée comme le commerce d'une marchandise ou le commerce d'un service? La même question se pose en ce qui concerne les films numériques, les logiciels ou tout autre produit numérique qui a son équivalent physique. La définition donnée par le Programme de travail sur le commerce électronique stipule clairement que les deux résultats sont possibles, le commerce électronique étant « la production, la distribution, la commercialisation, la vente ou la livraison de *marchandises* et *services* par des moyens électroniques » [nos italiques]²¹. Si cela n'était qu'une question de sémantique, cette question serait intéressante, mais sans plus. Or la réponse est d'une importance primordiale puisqu'elle

17. ITU, *Measuring Digital Development Facts and Figures 2021*, supra note 9 à la p 1; Banque mondiale, « Utilisateurs d'Internet (% de la population) » (dernière consultation le 10 juillet 2022), en ligne : *Banque mondiale* <www.donnees.banquemondiale.org/indicateur/IT.NET.USER.ZS>; Tristan Gaudiaut, « Combien y a-t-il d'internautes dans le monde? » (6 décembre 2021), en ligne : *Statista* <www.fr.statista.com/infographie/26337/evolution-du-nombre-de-personnes-ayant-acces-ou-pas-a-internet-dans-le-monde/>.

18. Nations Unies, « Commerce électronique », supra

note 7.

19. UNCTAD, *Digital Economy Report 2021*, Genève, Nations Unies, 2021.

20. Shamel Azmeh, Christopher Foster et Jaime Echavarrí, « The International Trade Regime and the Quest for Free Digital Trade » (2020) 22:3 Intl Studies Rev 671 à la p 675.

21. OMC, Programme de travail sur le commerce électronique, supra note 12 au para 1.3.

permet de définir le cadre juridique applicable à la transaction. En effet, l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT)*²² s'applique aux marchandises alors que l'*Accord général sur le commerce des services (AGCS)*²³ s'applique, comme son nom l'indique, aux services. Et malgré la similarité entre les principes des deux accords, l'application de l'un ou l'autre aura des conséquences juridiques différentes.

La littérature et les États s'entendent normalement sur la classification de certaines transactions²⁴. Ainsi, le *GATT* s'appliquera à un produit acheté ou payé en ligne, mais livré physiquement en traversant une frontière²⁵. À l'inverse, les services traditionnels, comme les services financiers, seront toujours soumis à l'AGCS, et ce, même s'ils sont offerts en ligne. Les difficultés concernant la classification s'appliquent ainsi particulièrement aux produits numériques énumérés précédemment, qui sont transmis de façon électronique, mais possèdent un équivalent physique²⁶.

L'application du *GATT* à la vente d'un produit numérique comme un film ou un logiciel a trois avantages. D'abord, cette classification permet d'appliquer le principe de la clause de la nation la plus favorisée ainsi que le principe du traitement national aux produits numériques²⁷ qui ont un équivalent physique similaire. Sans ces principes, les États pourraient traiter différemment le même logiciel en fonction seulement de son support, soit un support physique ou un support numérique, puisque les deux produits ne sauraient être considérés comme similaires, un étant une marchandise et l'autre un service²⁸. Des disparités de traitement pourraient ainsi émerger pour des produits qui sont pourtant identiques en termes de contenu²⁹. L'application du *GATT* permet en outre de rendre effectif le moratoire sur les droits de douane pour les transmissions électroniques établi en 1998 et reconduit encore à la douzième Conférence ministérielle du 12 au 17 juillet 2022 par une décision prise par les Membres de l'OMC³⁰. En effet, il n'existe pas d'équivalent de droits de douane pour les services. Cet argument est toutefois biaisé puisque le moratoire a été mis en place justement pour laisser le temps aux États de régler les enjeux entourant les transmissions électroniques, dont notamment la question de la classification³¹. Enfin,

22. *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce)*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 192 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*GATT*].

23. *Accord général sur le commerce des services (Annexe 1B de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce)*, 15 avril 1994, 1869 RTNU 219 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*AGCS*].

24. Yasmin Ismail, « Le commerce électronique au sein de l'Organisation mondiale du commerce : historique et dernières avancées des négociations dans le cadre de la déclaration conjointe », Genève, Institut international du développement durable, 2020, aux pp 6–7, en ligne (pdf) : [IISD <www.iisd.org/sites/default/files/publications/commerce-electronique-organisation-mondiale.pdf>](https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/commerce-electronique-organisation-mondiale.pdf) [Ismail, « Le commerce électronique »]; Maria Calcano, « Classification of E-products Under the WTO System » (2013) aux pp 26 et 45, en ligne : *Faculty of Graduate Studies Online Theses <www.dalpace.library.dal.ca/handle/10222/22215>* [Calcano].

25. Michael Kende et Nivedita Sen, « Cross-Border E-Commerce: WTO Discussions and Multi-stakeholder Roles – Stocktaking and Practical Ways Forward »

(2019), CTEI Working Papers, CTEI-2019-01 à la p 12 [Kende et Sen]; Sam Fleuter, « The Role of Digital Products Under the WTO: A New Framework for GATT and GATS Classification » (2016) 17:1 Chicago J Intl L 153 à la p 158 [Fleuter].

26. Kende et Sen, *supra* note 25 à la p 15; Fleuter, *supra* note 25 à la p 158.

27. Calcano, *supra* note 24 aux pp 45–47.

28. Fleuter, *supra* note 25 à la p 166; Stewart A Baker et al, « E-Products and the WTO » (2001) 35:1 Intl Lawyer 5 à la p 9.

29. Manuel Metschel, *The World Trade Organization in Times of Digital Trade. Addressing Digital Protectionism?*, mémoire de maîtrise, Universitat de Barcelona, 2018 à la p 30.

30. OMC, Décision ministérielle, *Programme de travail sur le commerce électronique*, OMC Doc WT/MIN(22)/32 (2022) [OMC, *Programme de travail sur le commerce électronique*].

31. Kende et Sen, *supra* note 25 à la p 16.

l'application du GATT aux transmissions électroniques permet une plus grande libéralisation des échanges commerciaux puisque le principe de non-discrimination s'applique à toutes les marchandises sans possibilité pour les Membres de soustraire certaines catégories de biens³². L'AGCS permet au contraire aux États de choisir les catégories de services qui sont soumises au principe du traitement national et qui peuvent entrer sur le marché³³.

L'application de l'AGCS aux transmissions électroniques est toutefois préconisée par le Secrétariat de l'OMC puisque cela permettrait d'englober toutes les transactions électroniques. En effet, l'élément déterminant pour qualifier une transaction demeurerait ainsi l'acte de transmission de frontières, soit le service d'un transfert de données, et non pas ce qui peut être fait des données une fois que celles-ci ont été transmises, soit par exemple la possibilité d'imprimer les données pour en faire un livre physique³⁴. Cela éviterait le dédoublement de cadre juridique pour les transmissions électroniques. Certains Membres comme l'Union européenne prônent également cette avenue puisqu'elle permet davantage de flexibilité aux Membres de l'OMC qui peuvent alors décider des types de services soumis au traitement national et à l'accès aux marchés dans leur liste annexée à l'AGCS³⁵.

Plusieurs autres enjeux demeurent d'actualité quant à l'application des règles du commerce international existantes au commerce électronique. Par exemple, la question de la classification d'un service sous un des quatre modes décrits dans l'AGCS. La question est importante puisqu'elle définit le cadre juridique applicable à ce service selon les engagements spécifiques de chaque Membre. Alors que la majorité des transmissions électroniques peuvent être considérées comme entrant dans le mode 1, soit un service en provenance du territoire d'un Membre et à destination du territoire de tout autre Membre, d'autres cas sont plus subtils³⁶. Par exemple, il serait possible d'argumenter que lorsqu'un consommateur visite un site Internet qui est hébergé sur le territoire d'un autre Membre, ce serait plutôt le mode 2 qui serait en jeu, soit la fourniture d'un service sur le territoire d'un Membre à l'intention d'un consommateur de service de tout autre Membre³⁷. La question de la classification des services sous un des quatre modes devient ainsi parfois plus politique que juridique, puisque les États n'ont pas nécessairement souscrit aux mêmes obligations sous le mode 2 que sous le mode 1³⁸. Des clarifications seront nécessaires dans le futur sur cette question, mais aucune décision à cet égard n'a encore été prise.

Un autre enjeu toujours d'actualité est la protection des données personnelles des consommateurs. Puisque le transfert des données est devenu monnaie courante, plusieurs Membres de l'OMC ont légiféré à cet égard afin de protéger les consommateurs. L'article XIV de l'AGCS reconnaît d'ailleurs que les Membres de l'OMC peuvent adopter des mesures qui se rapportent « à la protection de la vie privée des personnes pour ce qui est du traitement et de la dissémination de données personnelles »³⁹. Ces réglementations peuvent par contre devenir des barrières non tarifaires au commerce, certaines restrictions de flux de données s'apparentant davantage à de la censure. De nouvelles mesures prises par les États posent également des

32. Fleuter, *supra* note 25 à la p 173.

33. AGCS, *supra* note 23 aux arts XVI et XVII.

34. OMC, Note du Secrétariat, *Programme de travail concernant le commerce électronique*, OMC Doc S/C/W/68 (1998) aux para 37-38.

35. Les Communautés européennes avaient ainsi mentionné que « les livraisons électroniques consistent en fournitures de services qui relèvent de l'AGCS ». OMC, *Communication des Communautés européennes et de leurs États membres*, OMC Doc S/C/W/183 (2000) au para 6.

36. International Centre for Trade and Sustainable Development, « Updating the Multilateral Rule Book on E-Commerce » (2018) WTO: Paths Forward series, Policy Brief March 2018 à la p 3; OMC, *Programme de travail sur le commerce électronique*, *supra* note 12 au para 8.

37. Kende et Sen, *supra* note 25 aux pp 14-15.

38. Marc Bacchetta et al, « Le Commerce électronique et le rôle de l'OMC », OMC, *Dossiers spéciaux 2*, aux pp 61-63, en ligne (pdf) : OMC <www.wto.org/french/res_f/booksp_f/special_study_2_f.pdf>.

39. AGCS, *supra* note 23, art XIV(c)(ii).

difficultés, les règles de l'OMC n'ayant pas été conçues pour y répondre. Les plus restrictives sont les mesures qui exigent que les données soient entreposées sur leur territoire (concept connu sous le terme de « *data localization* » en anglais, ou de « localisation de données » en français) pour des raisons de sécurité, de protection des données personnelles, ou encore pour des motifs protectionnistes⁴⁰. Ce type de mesures existerait dans plus de 30 États dans le monde selon une étude effectuée en 2017, y compris l'Union européenne⁴¹. Dans ces cas de figure, les entreprises qui souhaiteraient accéder aux marchés seraient obligées de développer ou d'utiliser des infrastructures préexistantes locales pour entreposer les données, restreignant de ce fait considérablement les possibilités commerciales.

La question de la classification des transmissions électroniques n'est ainsi toujours pas réglée, les Membres de l'OMC ne s'étant pas encore entendus sur les champs d'application respectifs des deux accords principaux. Toutefois, depuis la mise en place du Programme de travail sur le commerce électronique en 1998, les discussions demeurent ouvertes à l'OMC.

B. – Le Programme de travail sur le commerce électronique : entre avancées et questions en suspens

Dès 1998, les Membres de l'OMC reconnaissent les enjeux liés au commerce électronique et ouvrent la discussion sur ces enjeux tant en raison de l'avènement des transactions électroniques que des questions posées dans la section précédente. C'est ainsi que le 20 mai 1998, lors de la deuxième Conférence ministérielle, les Membres de l'OMC ont adopté la Déclaration sur le commerce électronique mondial qui préconisait la création du Programme de travail sur le commerce électronique et le maintien du moratoire de ne « pas imposer de droits de douane sur les transmissions électroniques »⁴². La Déclaration, très courte, ne définit toutefois pas le commerce électronique. Cette définition viendra plutôt avec l'adoption du Programme de travail sur le commerce électronique le 25 septembre 1998 par le Conseil général⁴³.

Le Programme définit le commerce électronique comme étant « la production, la distribution, la commercialisation, la vente ou la livraison de marchandises et services par des moyens électroniques ». Cette définition a été adoptée aux fins du Programme de travail et pourrait ainsi éventuellement être modifiée selon l'évolution des discussions. Le Conseil général, dans le Programme de travail, mandate quatre organes de l'OMC pour conduire des travaux liés au commerce électronique, soit le Conseil du commerce des services⁴⁴, le Conseil du commerce des

40. Nigel Cory, « Cross-Border Data Flows: Where Are the Barriers, and What Do They Cost? » (2017) à la p 5, en ligne (pdf) : [ITIF <www2.itif.org/2017-cross-border-data-flows.pdf?_ga=2.230501531.664185887.1652053333-683660219.1652053333>](http://www2.itif.org/2017-cross-border-data-flows.pdf?_ga=2.230501531.664185887.1652053333-683660219.1652053333).

41. *Ibid* aux pp 20-31.

42. OMC, *Déclaration sur le commerce électronique mondial*, OMC Doc WT/MIN(98)/DEC/2 (1998).

43. OMC, Programme de travail sur le commerce électronique, *supra* note 12.

44. Le Conseil du commerce des services examinera selon le Programme de travail « le traitement du commerce électronique dans le cadre juridique de l'AGCS ». Le Conseil examinera notamment « la

portée (y compris les modes de fourniture) (article premier); le traitement NPF (article II); la transparence (article III); la participation croissante des pays en développement (article IV); la réglementation intérieure, les normes et la reconnaissance (articles VI et VII); la concurrence (articles VIII et IX); la protection de la vie privée et de la moralité publique et la prévention de la fraude (article XIV); les engagements en matière d'accès aux marchés pour la fourniture électronique de services (y compris les engagements pour les services de télécommunications de base et à valeur ajoutée et pour les services de distribution) (article XVI); le traitement national (article XVII); l'accès et le recours aux réseaux et services publics de transport de télécommunication (Annexe sur les télécommunications); les droits de douane; les questions de classification ». OMC, Programme de travail sur le commerce électronique, *supra* note 12 au para 2.1.

marchandises⁴⁵, le Conseil sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce⁴⁶ ainsi que le Comité du commerce et du développement⁴⁷. Le Conseil général sera quant à lui responsable des questions de nature transversale comme les conséquences fiscales, la concurrence, les transferts de technologie, ainsi que la question de l'imposition des droits de douane sur les transmissions électroniques⁴⁸. Cette division du travail comporte comme grande problématique la division entre le Conseil du commerce des services et celui du commerce des marchandises sans avoir réglé au préalable la question de la classification explicitée ci-dessus. Cela peut expliquer pourquoi cette question n'est toujours pas réglée, celle-ci étant débattue au sein de deux entités différentes. Les discussions au sein des quatre organes de l'OMC ont été éparées et peu organisées, certains organes n'abordant même pas la thématique du commerce électronique lors de plusieurs rencontres⁴⁹. Conséquemment, malgré l'importance des enjeux et la croissance de l'utilisation du commerce électronique, peu d'avancées ont eu lieu. Le Conseil général a toutefois convenu de « redynamiser les travaux dans le cadre du Programme de travail sur le commerce électronique » en décembre 2019, mais la pandémie de COVID-19 a ralenti les efforts⁵⁰. Lors de la Conférence ministérielle de 2022, la même formule a été utilisée, les Membres convenant « de redynamiser les travaux dans le cadre du Programme de travail sur le commerce électronique », ajoutant toutefois « dans le respect de sa dimension développement »⁵¹.

45. Le Conseil du commerce des marchandises examine « les aspects du commerce électronique en rapport avec les dispositions du GATT de 1994 et les accords commerciaux multilatéraux visés à l'Annexe 1A de l'Accord sur l'OMC ». Les questions à examiner comprendront notamment « l'accès aux marchés pour les produits se rapportant au commerce électronique et l'accès à ces produits; les questions relatives à l'évaluation découlant de l'application de l'Accord sur la mise en œuvre de l'article VII du GATT de 1994; les questions découlant de l'application de l'Accord sur les procédures de licences d'importation; les droits de douane et autres droits et impositions définis à l'article II du GATT de 1994; les normes en relation avec le commerce électronique; les questions relatives aux règles d'origine; les questions de classification ». OMC, Programme de travail sur le commerce électronique, *supra* note 12 au para 3.1.

46. Le Conseil sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce examine « la protection du droit d'auteur et des droits connexes et les moyens de faire respecter ces droits; la protection des marques de fabrique ou de commerce et les moyens de faire respecter les droits y afférents; les nouvelles technologies et l'accès à la technologie ». OMC, Programme de travail sur le commerce électronique, *supra* note 12 au para 4.1.

47. Le Comité du commerce et du développement examine « les effets du commerce électronique sur les perspectives commerciales et économiques des pays en développement, notamment de leurs petites et moyennes entreprises (PME), et les moyens de maximiser les avantages qu'ils peuvent en retirer; les défis que présente la participation au commerce électronique des pays en développement, en

particulier en tant qu'exportateurs de produits livrés électroniquement, et les moyens d'accroître cette participation : rôle de l'accès amélioré à l'infrastructure et au transfert de technologie et du mouvement des personnes physiques; l'utilisation des technologies de l'information dans l'intégration des pays en développement au système commercial multilatéral; les conséquences pour les pays en développement de l'incidence que le commerce électronique peut avoir sur les moyens traditionnels de distribution des biens matériels; les conséquences financières du commerce électronique pour les pays en développement » OMC, Programme de travail sur le commerce électronique, *supra* note 12 au para 5.1.

48. *Ibid* au para 1.2.

49. Ismail, « Le commerce électronique », *supra* note 24 à la p 11.

50. OMC, Décision du Conseil général, *Programme de travail sur le commerce électronique*, OMC Doc WT/L/1079 (2019); Yasmin Ismail, « Négociations de l'Initiative de déclaration conjointe sur le commerce électronique parmi les membres de l'Organisation mondiale du commerce : état des lieux et impacts de la pandémie de COVID-19 », Genève, Institut international du développement durable et CUTS International, 2021 à la p 8, en ligne (pdf) : www.iisd.org/system/files/2021-06/e-commerce-negotiations-wto-members-covid-19-fr.pdf [Ismail, « Négociations de l'Initiative de déclaration conjointe sur le commerce électronique »].

51. OMC, Décision ministérielle, *Programme de travail sur le commerce électronique*, OMC Doc WT/MIN(22)/32, WT/L/1143 (2022).

Certains enjeux liés au commerce électronique ont tout de même été réglés depuis le lancement du Programme de travail. D'abord, le concept de neutralité technologique prôné par le Conseil du commerce des services dans son rapport de situation au Conseil général dans le cadre du Programme de travail sur le commerce électronique⁵² a été confirmé par le groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Jeux* ainsi que dans l'affaire *Chine – Publications et produits audiovisuels*. Le principe de neutralité technologique suppose qu'un engagement d'un Membre de l'OMC concernant l'accès au marché pour un des modes de l'AGCS « implique le droit pour les fournisseurs des autres Membres de fournir un service par tous les moyens de livraison possibles, que ce soit par courrier, téléphone, Internet, etc., à moins qu'il ne soit spécifié autrement dans la Liste d'engagements d'un Membre »⁵³.

Ensuite, l'*Accord sur les technologies de l'information*, signé par 29 participants lors de la Conférence ministérielle de Singapour en 1996, est venu pallier en partie l'enjeu de la difficulté d'accès aux produits des technologies de l'information et de la communication⁵⁴. L'objectif principal de cet accord est de réduire à zéro les tarifs douaniers sur les produits inclus dans les annexes, dont les ordinateurs, les semi-conducteurs, les logiciels, le matériel de navigation GPS et plusieurs autres. La liste des marchandises a été considérablement élargie en 2015, et plus de 80 Membres de l'OMC en sont maintenant signataires, représentant 97 % du commerce mondial des produits inclus dans l'*Accord*⁵⁵. Les réductions tarifaires incluses dans l'*Accord* ne sont contraignantes que pour les participants à l'*Accord*. Les avantages sont tout de même étendus à tous les Membres de l'OMC étant donné le principe du traitement de la nation la plus favorisée⁵⁶.

Enfin, dès 1998 avec la Déclaration sur le commerce électronique mondial, les Membres avaient convenu de maintenir leur pratique déjà existante consistant à ne pas imposer de droits de douane sur les transmissions électroniques. Ce « moratoire » a été renouvelé par les Membres lors de chacune des Conférences ministérielles ultérieures, le dernier renouvellement datant de juillet 2022⁵⁷. Les discussions pour rendre ce moratoire permanent se poursuivent toutefois à l'OMC, certains Membres évoquant une perte potentielle de recettes publiques associée aux réductions tarifaires. Entre autres, l'Inde et l'Afrique du Sud ont demandé aux Membres d'étudier plus en profondeur les conséquences d'un moratoire permanent, et plus précisément :

[les] conséquences du moratoire sur les transmissions électroniques pour les recettes; [la] portée et définition des transmissions électroniques; [la] faisabilité technique de l'imposition de droits de douane sur les transmissions électroniques; [et l']incidence plus large du moratoire sur le commerce et l'industrialisation et toute autre question relative au moratoire⁵⁸.

52. « De l'avis général également, l'AGCS était technologiquement neutre au sens où il ne contenait pas de dispositions faisant une distinction entre les différents moyens technologiques par lesquels un service pouvait être fourni. » *Programme de travail sur le commerce électronique. Rapport de situation au Conseil général adopté par le Conseil du commerce des services*, OMC Doc S/L/74 (1999) au para 4.

53. *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris (Plainte d'Antigua et Barbuda)*, OMC Doc WT/DS285/R (2004) au para 6.285.

54. OMC, « L'Accord sur les technologies de l'information », en ligne : OMC <www.wto.org/french/tratop_f/inftec_f/inftec_f.htm>.

55. OMC, « 20 ans de l'Accord sur les technologies de l'information », Genève, OMC, 2018 à la p 2, en ligne (pdf) : OMC <www.wto.org/french/res_f/booksp_f/ita20years_2017_full_f.pdf>.

56. Ismail, « Le commerce électronique », *supra* note 24 à la p 7.

57. OMC, *Programme de travail sur le commerce électronique*, *supra* note 30.

58. OMC, *Programme de travail sur le commerce électronique. Redynamiser les travaux au titre du Programme de travail de 1998 sur le commerce électronique*, OMC Doc WT/GC/W/812 (2020) au para 1.5.

L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a toutefois publié en novembre 2019 le rapport *Electronic Transmissions and International Trade: Shedding New Light on the Moratorium Debate*, qui affirme que les transmissions électroniques en franchise de douane présentent plus d'avantages économiques que les pertes potentielles de revenus⁵⁹. Malgré ce constat de la part de l'OCDE sur les avantages économiques d'un moratoire, cette question demeure au cœur des discussions du Programme de travail sur le commerce électronique de l'OMC compte tenu de la réticence de certains pays en développement. Les discussions sur la nécessité d'un moratoire permanent se poursuivaient toujours en avril 2023⁶⁰.

Les enjeux mentionnés ci-dessus montrent la complexité de l'intégration du commerce électronique dans le cadre juridique existant de l'OMC qui a été négocié dans une perspective traditionnelle du commerce. Face à ces difficultés, plusieurs Membres ont développé des initiatives parallèles visant à améliorer la situation.

C. – Les nouvelles initiatives : multiplication des groupes de coopération

Le Programme de travail sur le commerce électronique n'a pas réussi à régler tous les enjeux liés au commerce électronique. Il a tout de même fourni un espace de négociation pour les Membres ainsi qu'une opportunité de cerner les enjeux liés à ce type de commerce. À l'heure actuelle, une des grandes difficultés pour le Programme de travail est toutefois l'existence de différentes opinions sur la direction que devrait prendre l'OMC en ce qui concerne le commerce électronique. Plusieurs Membres ont proposé différentes options, mais aucune proposition n'a jusqu'à présent fait consensus. Par exemple, certains groupes d'États souhaitent conserver le mandat du Programme de 1998, alors que d'autres souhaitent l'élargir à de nouveaux domaines⁶¹. Des oppositions existent également sur la formule à adopter pour des négociations, la Russie ayant par exemple proposé de créer un groupe de travail exclusif sur le commerce électronique au lieu que les discussions aient lieu dans quatre organes différents. Ces différentes approches reflètent plus largement les dissensions sur le Programme de Doha et sa structure de négociation, la Déclaration ministérielle de 2015 reconnaissant d'ailleurs que les « Membres ont des vues différentes sur la façon d'aborder les négociations », certains ne « réaffirm[ant] pas les mandats de Doha, car ils estiment que de nouvelles approches sont nécessaires pour obtenir des résultats significatifs dans les négociations multilatérales »⁶². Dans ce contexte, des Membres aux objectifs similaires se sont regroupés de diverses manières pour négocier hors du cadre du Programme de travail.

Le regroupement le plus important est probablement l'Initiative conjointe sur le commerce électronique qui regroupe 89 Membres de l'OMC représentant 90 % du commerce mondial en date de février 2023⁶³, en plus d'inclure des économies développées, en développement

⁵⁹. Andrea Andrenelli et Javier Lopez Gonzalez, « *Electronic Transmissions and International Trade: Shedding New Light on the Moratorium Debate* » (2019) OECD Trade Policy Papers No. 233, en ligne : *OECD* <https://www.oecd-ilibrary.org/trade/electronic-transmissions-and-international-trade-shedding-new-light-on-the-moratorium-debate_57b50a4b-en>.

⁶⁰. OMC, « Les Membres de l'OMC intensifient les discussions sur le commerce électronique » (20 avril 2023), en ligne : *OMC* <www.wto.org/french/news/news23_f/ecom_21apr23_f.htm>.

⁶¹. Ismail, « Le commerce électronique », *supra* note 24 à la p 12.

⁶². OMC, *Déclaration ministérielle de Nairobi*, OMC Doc WT/MIN(15)/DEC (2015) au para 30.

⁶³. OMC, « Initiative conjointe sur le commerce électronique », en ligne : *OMC* <www.wto.org/french/tratop_f/ecom_f/joint_statement_f.htm> [OMC, « Initiative conjointe sur le commerce électronique »].

et des pays moins avancés⁶⁴. Dans une deuxième déclaration conjointe en 2019, les Membres participant à l'Initiative ont convenu d'« engager des négociations à l'OMC sur les aspects du commerce électronique qui sont liés au commerce international » en s'appuyant sur les accords existants de l'OMC, rejetant ainsi l'idée de créer un cadre juridique différent pour les transactions électroniques⁶⁵. Avec des négociations en séance plénière, mais également en plus petits groupes sur des thèmes spécifiques (facilitation du commerce électronique, ouverture et commerce électronique, confiance et commerce électronique, questions transversales, télécommunications et accès aux marchés⁶⁶), les Membres de l'OMC qui participent à l'Initiative ont déclaré en décembre 2021 avoir progressé sur de nombreux enjeux, se fixant comme objectif d'obtenir un consensus sur la majorité des enjeux d'ici la fin de 2022⁶⁷. Dans une déclaration publiée le 14 décembre 2021, les ministres de l'Australie, du Japon et de Singapour, coorganisateur des négociations sur le commerce électronique menées à l'OMC, se sont félicités des progrès substantiels réalisés⁶⁸. En effet, des convergences ont été dégagées sur huit textes relativement aux messages commerciaux non sollicités, aux signatures électroniques et à l'authentification, aux contrats électroniques, aux données publiques ouvertes, à la protection des consommateurs en ligne, à la transparence, au commerce sans papier et à l'accès à Internet ouvert⁶⁹.

La question de l'insertion des résultats des négociations dans l'architecture juridique de l'OMC a également fait l'objet de débats. Les coorganisateur ont indiqué que tout résultat devrait s'inscrire dans le cadre de l'architecture de l'OMC, permettre un niveau d'ambition suffisant, avec un niveau élevé d'engagements sur des sujets clés, et être soumis au système de règlement des différends de l'OMC⁷⁰. À la réunion du 19 mai 2022, les coorganisateur ont informé les participants des derniers progrès accomplis dans les discussions sur le commerce électronique, notamment pour aplanir les divergences dans les positions de négociation dans les domaines de l'accès à Internet ouvert, des cadres pour les transactions électroniques et de la cybersécurité⁷¹. Les coorganisateur ont d'ailleurs publié une déclaration à l'occasion de la douzième Conférence ministérielle, s'engageant à rendre les modalités de travail de l'Initiative plus efficace afin de réaliser des progrès substantiels dans les prochains mois⁷².

Des difficultés surviennent tout de même dans le cadre de ces négociations. La fracture numérique entre les économies développées et celles en développement rend notamment

64. Les quatre pays les moins avancés qui participent à l'Initiative sont le Bénin, le Burkina Faso, le Myanmar et la République démocratique populaire lao. Ismail, « Le commerce électronique », *supra* note 24 à la p 15; Ismail, « Négociations de l'Initiative de déclaration conjointe sur le commerce électronique », *supra* note 50 à la p 7.

65. OMC, *Déclaration conjointe sur le commerce électronique*, OMC Doc WT/L/1056 (2019).

66. OMC, « Initiative conjointe sur le commerce électronique », *supra* note 63.

67. OMC, « WTO Joint Statement Initiative on E-commerce: Statement by Ministers of Australia, Japan and Singapore » (décembre 2021), en ligne (pdf) : OMC <www.wto.org/english/news_e/news21_e/ji_ecom_minister_statement_e.pdf> [OMC, « WTO Joint Statement Initiative on E-commerce »].

68. OMC, « Les co-organisateur des négociations sur le commerce électronique se félicitent des progrès substantiels accomplis dans les négociations »

(14 décembre 2021), en ligne : OMC <www.wto.org/french/news_f/news21_f/ecom_14dec21_f.htm>.

69. OMC, « WTO Joint Statement Initiative on E-commerce », *supra* note 67.

70. OMC, « Commerce électronique : les Membres échangent des renseignements actualisés et discutent de l'architecture juridique du futur résultat des négociations » (21 juin 2021), en ligne : OMC <www.wto.org/french/news_f/news21_f/ecom_21jun21_f.htm>.

71. OMC, « Les coorganisateur informent les participants des derniers progrès accomplis dans les discussions sur le commerce électronique » (19 mai 2022), en ligne : OMC <www.wto.org/french/news_f/news-22_f/ecom_20may22_f.htm>.

72. OMC, « Le début d'une nouvelle phase dans les négociations menées dans le cadre des discussions sur le commerce électronique » (14 juillet 2022), en ligne : OMC <www.wto.org/french/news_f/news-22_f/ecom_14jul22_f.htm> [OMC, « Le début d'une nouvelle phase dans les négociations »].

les négociations complexes et affecte malheureusement la pleine participation de ces dernières⁷³. Les coorganisateur des négociations espèrent réduire l'effet de cette fracture numérique par la mise en place du Cadre de renforcement des capacités en matière de commerce électronique⁷⁴. Également, le niveau de contrôle des flux de données est un sujet de discord, certains, dont les États-Unis, prônant une libre circulation des données, alors que d'autres, dont la Chine, préconiseraient davantage des conditions préalables de sécurité⁷⁵. Malgré la continuation des négociations et les progrès réalisés, notamment sur la cybersécurité et la protection des consommateurs, aucun texte n'a été conclu en 2022. Les participants à l'Initiative ont affirmé leur engagement à arriver à un texte consensuel d'ici la fin de 2023 tout en soulignant la nécessité de faire preuve de flexibilité et de pragmatisme⁷⁶.

Un autre groupe plus informel, les Amis du commerce électronique pour le développement, comprend l'Argentine, le Chili, la Chine, la Colombie, le Costa Rica, le Kenya, le Mexique, le Nigéria, le Pakistan, le Sri Lanka et l'Uruguay. Sans négocier activement, ils ont ciblé sept questions principales et ont lancé un programme lié au commerce électronique⁷⁷.

Les pays participant aux regroupements ci-dessus, bien qu'ils travaillent à l'OMC pour faire évoluer la situation juridique du commerce électronique, ont aussi trouvé le moyen de le faire à l'aide d'autres mécanismes, dont la conclusion d'accords commerciaux régionaux.

II. – L'encadrement du commerce électronique dans les accords commerciaux régionaux

Si dès 1998 les Membres de l'OMC ont reconnu la nécessité de clarifier la relation entre les règles commerciales et le commerce électronique à travers l'établissement du Programme de travail sur le commerce électronique, les efforts visant à mettre en place des règles du commerce électronique à l'échelle multilatérale peinent à se concrétiser. Malgré les différentes initiatives, il n'y a toujours pas de règles propres au commerce électronique à l'OMC. En raison des difficultés du système multilatéral et du besoin d'encadrer les divers problèmes soulevés par le commerce électronique, l'élaboration des règles a ainsi migré vers les accords commerciaux régionaux (ACR). Bien que les règles relatives au commerce électronique dans les accords commerciaux soient hétérogènes (A), leur contenu (B) peut constituer un apport dans les négociations multilatérales à travers notamment la modélisation conventionnelle (C).

73. Ismail, « Le commerce électronique », *supra* note 24 à la p 27.

74. Le Cadre de renforcement des capacités en matière de commerce électronique, lancé lors de la douzième Conférence ministérielle, a pour objectif d'offrir aux pays en développement et aux pays les moins avancés des activités de renforcement des capacités à l'appui de leur participation aux négociations sur le commerce électronique et de faciliter leur participation à l'économie numérique. OMC, « Le début d'une nouvelle phase dans les négociations », *supra* note 72.

75. Ismail, « Négociations de l'Initiative de déclaration conjointe sur le commerce électronique », *supra* note 50 à la p 16.

76. OMC, « Les coorganisateur des négociations sur le commerce électronique examinent les progrès accomplis et réfléchissent à la voie à suivre » (6 juillet 2023), en ligne : OMC <www.wto.org/french/news_f/news23_f/jsec_06jul23_f.htm>.

77. UNCTAD, « Friends of E-commerce for Development Launch Roadmap for International Trade and Development Policy » (4 mai 2017), en ligne : UNCTAD <www.unctad.org/fr/node/1553>.

A. – L'hétérogénéité des dispositions relatives au commerce électronique dans les accords commerciaux régionaux

La toute première disposition relative au commerce électronique se trouve dans l'accord de libre-échange entre la Nouvelle-Zélande et Singapour en 2001, soit trois ans après l'adoption du Programme de travail. L'article 12 de cet accord, relatif au commerce sans papier, précise que les parties doivent mettre en place, conformément au plan d'action de la Coopération économique pour l'Asie-Pacifique (APEC) sur le commerce électronique, un environnement électronique favorisant l'application du commerce électronique entre leurs administrations douanières et la communauté commerciale⁷⁸. En 2002, le tout premier article propre au commerce électronique a été intégré dans l'ACR entre les États-Unis et la Jordanie⁷⁹. Deux ans plus tard, l'ACR entre l'Australie et Singapour a été le premier à aborder le commerce électronique dans un chapitre spécifique⁸⁰. Depuis lors, le nombre d'ACR comportant des dispositions sur le commerce électronique a augmenté de façon continue. Ainsi, en mai 2017, sur les 275 ACR en vigueur notifiés à l'OMC, des dispositions relatives au commerce électronique figurent dans 75 accords, soit 27 % des ACR notifiés⁸¹. Deux ans après, en juin 2019, 84 ACR comptaient des dispositions relatives à ce type de commerce⁸².

Ce nombre croissant d'ACR comportant des dispositions relatives au commerce électronique témoigne de l'intérêt pour l'encadrement juridique du commerce électronique au sein des forums régionaux et bilatéraux. On peut constater que les récents méga-accords régionaux tendent de plus en plus à réglementer le commerce électronique dans un chapitre précis. En effet, le commerce électronique fait l'objet du chapitre 14 de l'*Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP)*⁸³, du chapitre 16 de l'*Accord économique et commercial global*⁸⁴, du chapitre 19 de l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM)*⁸⁵ et du chapitre 12 du *Partenariat régional économique global (RCEP)*⁸⁶.

Il est à déplorer que la *Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf)* entrée récemment en vigueur, signée par 54 des 55 États membres de l'Union africaine (exception de l'Érythrée) et ratifiée par 39 États membres en juillet 2022⁸⁷ n'ait pas intégré immédiatement de

78. *Agreement Between New Zealand and Singapore on a Closer Economic Partnership*, 14 novembre 2000, art 12 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2001).

79. José-Antonio Monteiro et Robert Teh, « Provisions on Electronic Commerce in Regional Trade Agreements » (2017) WTO Working Paper ERSD-2017-11 à la p 5.

80. *Ibid.*

81. *Ibid.* à la p 4.

82. *Ibid.*

83. Gouvernement du Canada, « La Gazette du Canada, Partie I, volume 154, numéro 42 : Accord de partenariat transpacifique global et progressiste. Chapitre 14 – Commerce électronique » (17 octobre 2020), en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.gazette.gc.ca/rp-pr/p1/2020/2020-10-17/html/sup1-fra.html> (entrée en vigueur : 30 décembre 2018).

84. Gouvernement du Canada, « Texte de l'Accord économique et commercial global – Chapitre seize :

Commerce électronique », en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/16.aspx?lang=fra> (entrée en vigueur : 21 septembre 2017).

85. Gouvernement du Canada, « Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM) – Chapitre 19 : Commerce numérique », en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/19.aspx?lang=fra> (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2020) [ACEUM].

86. RCEP, « Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement – Chapter 12: Electronic Commerce », en ligne (pdf) : *RCEP* <<https://rcepsec.org/wp-content/uploads/2020/11/All- Chapters.pdf>> (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2022) [RCEP].

87. Comité national de la ZLECAf, « Signatures et ratifications », en ligne : *CN-ZLECAf* <www.cnzlecaf.gouv.ci/pays/signataire/>.

dispositions sur le commerce électronique, alors même que les études suggèrent que le nombre d'utilisateurs du commerce électronique sur le continent devrait croître pour atteindre environ 520 millions de personnes, soit presque le double du nombre de personnes en 2019⁸⁸. Toutefois, en 2020, la Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'Union africaine avait décidé que « les négociations de la phase III se concentre[raient] sur un protocole de la ZLECAf sur le commerce électronique »⁸⁹ laissant présager une prise en compte des enjeux du commerce électronique dans les futures négociations continentales.

Même si les règles issues des ACR s'inspirent des contributions existantes à la réglementation du commerce électronique faites dans divers organismes internationaux tels que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international⁹⁰, l'Organisation mondiale des douanes⁹¹ et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle⁹², l'inclusion des dispositions relatives au commerce électronique dans les ACR est un processus dynamique qui dépend des pays qui participent à la négociation⁹³. L'Australie, Singapour et les États-Unis semblent être les chefs de file dans la prolifération des ACR comportant des chapitres sur le commerce électronique puisque plus de 30 Membres de l'OMC ont d'abord conclu un tel ACR avec l'un de ces trois pays⁹⁴.

Bien qu'on puisse trouver quelques similitudes, les études évaluant les dispositions relatives au commerce électronique dans les ACR montrent qu'elles diffèrent d'un ACR à l'autre; elles sont donc hétérogènes⁹⁵. Cependant, chaque ACR comportant des dispositions relatives au commerce électronique partage au moins une disposition sur le commerce électronique avec un autre accord. Par exemple, l'accord entre le Canada et la Colombie partage le plus grand nombre de dispositions communes parmi toutes les paires d'ACR, soit 38 dispositions relatives au commerce électronique avec l'accord entre le Canada et le Pérou, mais une seule disposition commune avec l'accord entre la Nouvelle-Zélande et le Taipei chinois et aucune avec l'accord entre l'Union européenne et le Chili⁹⁶. Dans l'ensemble, le nombre moyen de dispositions communes en matière de commerce électronique entre ACR est relativement faible, avec seulement

88. Statista, « Number of online shoppers in Africa from 2017 to 2025 (in millions) » (dernière consultation le 10 juillet 2022), en ligne : [Statista <www.statista.com/statistics/1190579/number-of-online-shoppers-in-africa/>](https://www.statista.com/statistics/1190579/number-of-online-shoppers-in-africa/). Pour en connaître davantage sur les enjeux et défis du commerce électronique en Afrique, voir Charlemagne Igue, Alastaire Alinsato et Toussaint Agadjihouédé, « E-commerce in Africa: Issues and Challenges » (2021), en ligne (pdf) : [OMC <www.wto.org/english/res_e/booksp_e/09_adtera_chapter_05_e.pdf>](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/09_adtera_chapter_05_e.pdf).

89. Nations Unies et Commission économique pour l'Afrique, « La nécessité impérieuse d'accélérer les négociations relatives au commerce électronique dans le cadre de la ZLECA » (2020), en ligne : [NU.CEA <https://repository.uneca.org/handle/10855/43937>](https://repository.uneca.org/handle/10855/43937).

90. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, « Commerce électronique », en ligne : [CNUCDI <www.uncitral.un.org/fr/texts/ecommerce>](https://www.uncitral.un.org/fr/texts/ecommerce/).

91. Organisation mondiale des douanes, « Le commerce électronique transfrontalier », en ligne : [OMD <www.wcoomd.org/fr/topics/facilitation/activities-and-programmes/ecommerce.aspx>](https://www.wcoomd.org/fr/topics/facilitation/activities-and-programmes/ecommerce.aspx).

92. Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, « Un "plan d'action dans le domaine du numérique" pour l'OMPI » (31 octobre 1999), en ligne : [OMPI <www.wipo.int/pressroom/fr/prdocs/1999/wipo_pr_1999_185.html>](https://www.wipo.int/pressroom/fr/prdocs/1999/wipo_pr_1999_185.html).

93. Les pays les plus actifs dans la négociation d'ACR ayant des dispositions relatives au commerce électronique sont principalement l'Australie, le Canada, la Chine, les États de l'Association européenne de libre-échange, l'Union européenne, le Japon, la Colombie, le Mexique, la Corée du Sud, la Nouvelle-Zélande, Singapour et les États-Unis. Monteiro et Teh, *supra* note 79 à la p 10.

94. Wu, *supra* note 13 à la p 7.

95. Gloria O Pasadilla, « E-commerce Provisions in RTAs: Implications for Negotiations and Capacity Building » (2020) ARTNeT Working Paper Series No 192 à la p 10; Monteiro et Teh, *supra* note 79 à la p 13.

96. Monteiro et Teh, *supra* note 79 à la p 9.

six dispositions communes⁹⁷. Même dans les ACR négociés par un même pays, les dispositions relatives au commerce électronique varient considérablement⁹⁸.

L'hétérogénéité des dispositions se reflète tant dans le langage utilisé que dans les questions traitées, puisqu'elles ne couvrent pas nécessairement tous les aspects ou problèmes soulevés par le commerce électronique. Toutefois, les récents ACR tendent à couvrir un plus large éventail de questions relatives au commerce électronique. En effet, le chapitre 12 du *RCEP* portant sur le commerce électronique est déjà considéré comme ce qui pourrait être un modèle d'accord à l'échelle multilatérale, puisqu'il reflète ce que la Chine, l'un des gros joueurs du *RCEP* et du monde commercial international, est prête à accepter quant à l'encadrement juridique du commerce électronique⁹⁹.

B. – Le contenu des dispositions relatives au commerce électronique dans les accords commerciaux régionaux

Les dispositions relatives au commerce électronique, bien qu'elles varient d'un ACR à l'autre, peuvent être regroupées en différentes catégories¹⁰⁰. D'abord, on trouve les dispositions relatives à l'accès au marché qui visent à garantir un accès continu ou accru des produits issus du commerce électronique aux marchés des partenaires des ACR. Elles sont liées :

- aux droits de douane;
- aux produits numériques;
- au transfert transfrontalier de renseignements par voie électronique;
- à la localisation des données;
- au traitement du code source.

Ensuite, les dispositions relatives à la protection des utilisateurs du commerce électronique forment une seconde catégorie. Celles-ci ont pour objectif de limiter les préjudices potentiels découlant de la croissance du commerce numérique afin d'accroître la confiance des consommateurs et des producteurs dans les affaires électroniques. Elles portent sur :

- la protection des consommateurs en ligne;
- la communication électronique commerciale non sollicitée;
- la protection des renseignements personnels;
- le cadre national applicable au commerce électronique;
- la propriété intellectuelle.

Enfin, une dernière catégorie regroupe les dispositions relatives à la facilitation du commerce électronique visant la simplification, la modernisation et l'harmonisation des processus d'exportation et d'importation des produits numériques. Il s'agit principalement :

- de l'accès à Internet et de son utilisation pour le commerce électronique;
- de l'authentification et des signatures électroniques;

97. *Ibid.*

98. *Ibid* à la p 11.

99. Patrick Leblond, « Digital Trade: Is RCEP the WTO's Future? » (23 novembre 2020), en ligne : [C/IGI <www.cigionline.org/articles/digital-trade-rcep-wtos-future/>](http://www.cigionline.org/articles/digital-trade-rcep-wtos-future/).

100. Pour plus de détails sur les catégories de règles dans les ACR, voir Wu, *supra* note 13 aux pp 9–27;

Monteiro et Teh, *supra* note 79 aux pp 19–69; Pa-sadilla, *supra* note 95 aux pp 7–20; Marc D Froese, « Digital Trade and Dispute Settlement in RTAs: An Evolving Standard? » (2019) 53:5 J World Trade 783 à la p 793.

101. Monteiro et Teh, *supra* note 79 à la p 28.

102. *Ibid.*

- du commerce sans papier;
- de la coopération et de l'assistance technique entre les parties;
- de la facilité d'accès aux données gouvernementales sur le commerce électronique;
- de la cybersécurité;
- du règlement des différends en matière de commerce électronique.

L'obligation de ne pas imposer de droits de douane sur les produits numériques est de loin la disposition la plus courante quant au commerce électronique. Sur les 75 ACR notifiés en 2017, 56 comportaient au moins une disposition relative à la non-imposition de droits de douane sur les transmissions électroniques et les produits numériques¹⁰¹. L'obligation de non-imposition de ces droits de douane, bien que pouvant différer d'un ACR à l'autre, facilite le commerce de produits téléchargeables comme les logiciels, les livres électroniques, la musique, les films et autres médias numériques. L'approche la plus commune consiste à interdire l'imposition de droits de douane, de redevances ou de charges en lien avec l'importation ou l'exportation d'un produit numérique par voie électronique¹⁰². Puisque les données nécessaires à la création d'un produit numérique peuvent être stockées à plusieurs endroits et transiter par différentes juridictions, la détermination de l'origine d'un produit numérique peut s'avérer complexe.

Certains ACR lient l'obligation au Programme de travail sur le commerce électronique de l'OMC¹⁰³. Par exemple, l'accord de libre-échange entre l'Australie et la Chine stipule que chaque partie maintient sa pratique de non-imposition de droits de douane dans la mesure où elle est conforme à la décision ministérielle de l'OMC du 7 décembre 2013 prolongeant le Programme de travail lors de la Conférence ministérielle de l'OMC à Bali¹⁰⁴. L'obligation de non-imposition de droits de douane sur les produits numériques par transmission électronique constitue parfois le point central du chapitre sur le commerce électronique. Par exemple, il s'agit de la seule obligation juridique contraignante figurant dans le chapitre sur le commerce électronique de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et la Jordanie*¹⁰⁵. Contrairement à l'OMC où le moratoire douanier doit être renouvelé à chaque Conférence ministérielle¹⁰⁶, la pratique consistant à ne pas imposer de droits de douane sur les transmissions électroniques dans les ACR est très souvent permanente.

Au total, sur les 164 États membres de l'OMC, la moitié environ a conclu au moins un ACR avec un pays pratiquant le commerce électronique¹⁰⁷. Un nombre important de Membres de l'OMC a donc déjà accepté des dispositions relatives au commerce électronique dans les ACR. Ces dispositions, bien que parfois similaires, restent essentiellement hétérogènes à plusieurs égards, tant sur le plan du contenu que de la force juridique. Les récents ACR réglementent de plus en plus d'aspects du commerce électronique. De même, dans certains ACR comme l'*ACEUM*, les États sont relativement fidèles aux propositions de texte qu'ils ont soumis pour la déclaration conjointe sur le commerce électronique à l'OMC puisqu'on y retrouve des dispositions identiques dans les ACR¹⁰⁸.

103. OMC, Programme de travail sur le commerce électronique, *supra* note 12.

104. Australian Government, « Text of the China-Australia Free Trade Agreement », art 12.3, en ligne : *Australian Government* <www.dfat.gov.au/trade/agreements/in-force/chafta/official-documents/Pages/official-documents> (entrée en vigueur : 20 décembre 2015).

105. Gouvernement du Canada, « Accord de libre-échange Canada-Jordanie. Chapitre 3 : Commerce électronique », art 3.1, en ligne : *Gouvernement du Canada* <www.international.gc.ca/trade-commerce/

trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/jordan-jordanie/fta-ale/03.aspx?lang=fra (entrée en vigueur : 12 octobre 2012).

106. OMC, Programme de travail sur le commerce électronique, *supra* note 30.

107. Wu, *supra* note 13 à la p 7.

108. Voir à cet effet Katya Garcia-Israel, *Electronic Commerce Provisions in the United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA)*, Genève, CUTS International, 2019.

Si plusieurs types de dispositions courantes comme les droits de douane et la coopération entre les Parties semblent faire l'objet de consensus, puisqu'ils sont déjà pris en compte dans le Programme de travail sur le commerce électronique, on constate des disparités en ce qui concerne la profondeur et la portée des dispositions. En effet, certaines régions du monde, comme la région Asie-Pacifique avec le *PTPGP* et le récent *RCEP*, sont beaucoup plus avancées sans qu'on sache encore dans quelle mesure les autres Membres de l'OMC considèrent ces accords comme des modèles pouvant servir de base à de futures règles multilatérales, d'autant plus que les approches en matière de commerce électronique entre l'Union européenne et la Chine diffèrent de celles du *PTPGP* et d'autres pays d'Asie-Pacifique¹⁰⁹.

C. – Le commerce électronique : le futur de l'OMC passe-t-il par la modélisation conventionnelle?

Les Membres de l'OMC affichent de plus en plus leur volonté de réglementer le commerce électronique au niveau multilatéral¹¹⁰. Toutefois, l'adoption d'un accord ne semble pas imminente. L'expansion des règles associées au commerce électronique à l'échelle régionale et bilatérale témoigne aussi de l'intérêt des pays pour la question. Mais l'hétérogénéité de la réglementation du commerce électronique dans les ACR montre qu'il ne serait pas facile d'adopter un accord multilatéral sur le commerce électronique dans un futur proche.

Certains pays comme les États-Unis et certaines régions comme l'Union européenne sont déjà considérés comme créant des modèles de dispositions relatives au commerce électronique qui pourraient être repris dans d'autres accords¹¹¹. Trois modèles sont particulièrement intéressants en ce qui concerne la gouvernance du numérique : le modèle américain illustré par l'*ACEUM* dont le chapitre 19 contient également des règles contraignantes sur certains aspects du commerce électronique¹¹²; le modèle européen axé sur la protection de la vie privée et des reconnaissances bilatérales d'adéquation¹¹³; et le modèle chinois qui a connu une avancée depuis 2015¹¹⁴ avec l'acceptation des dispositions du chapitre 12 du *RCEP* relativement à la localisation des données électroniques ainsi qu'au transfert transfrontalier d'informations¹¹⁵. Si l'émergence de ces trois modèles n'est pas négative en soi, elle témoigne de la fragmentation de la réglementation relative au commerce électronique, mais également des défis que représenterait l'obtention du consensus dans le contexte d'une telle fragmentation.

Les modèles de réglementation continueront d'émerger au fur et à mesure de négociations de règles sur le commerce électronique. La Suisse, par exemple, se positionne en chef de file dans le projet de texte modèle de l'Association européenne de libre-échange sur le commerce électronique¹¹⁶. S'agissant des accords, le *RCEP* est considéré comme l'accord le plus abouti

¹⁰⁹. Wu, *supra* note 13 à la p 28.

¹¹⁰. Ce sont 86 Membres qui participent à l'Initiative conjointe sur le commerce électronique en 2022. OMC, « Initiative conjointe sur le commerce électronique », *supra* note 63.

¹¹¹. Pasadilla, *supra* note 95 à la p iv.

¹¹². *ACEUM*, *supra* note 85, art 19.11 et 19.12.

¹¹³. Henry Gao, « E-commerce Governance: Back to Geneva? » (14 février 2022), en ligne : *CIGI* <<https://www.cigionline.org/articles/e-commerce-governance-back-to-geneva/#footnote14>> [Gao].

¹¹⁴. La Chine a inclus ses premières dispositions relatives au commerce électronique dans les accords de libre-échange conclus avec l'Australie et la Corée en 2015.

¹¹⁵. *RCEP*, *supra* note 86, arts 12.14 et 12.15.

¹¹⁶. Leblond, *supra* note 99; Stratégie Suisse numérique, « Texte modèle de l'AELE sur le commerce électronique » (dernière consultation le 10 juillet 2022), en ligne : *Stratégie Suisse numérique* <<https://digital.swiss/fr/>>.

par rapport au commerce électronique¹¹⁷. Face à l'expansion des règles relatives au commerce électronique appuyé par l'émergence de modèles de réglementation, la doctrine s'entend qu'une telle diversification de règles contribue à la fragmentation du régime commercial international existant¹¹⁸. Toutefois, la solution semble se trouver au sein de l'OMC, forum mondial, puisque les flux et données du commerce électronique sont par nature mondiaux et sans frontière¹¹⁹; ils nécessitent donc une approche mondiale de la question. Les dispositions sur le commerce électronique dans les ACR devraient ainsi servir de tremplin aux négociations multilatérales sur un éventuel accord multilatéral sur le commerce électronique. Le tableau qui suit résume l'essentiel des dispositions relatives au commerce électronique dans les ACR comparativement aux avancées dans les discussions à l'OMC.

Tableau 1: Thèmes encadrés dans l'Initiative conjointe sur le commerce électronique et les accords commerciaux régionaux

Thèmes encadrés	Questions faisant l'objet de consensus dans le cadre de l'Initiative conjointe sur le commerce électronique à l'OMC	Dispositions relatives au commerce électronique dans les accords commerciaux régionaux
Droits de douane	x	x
Messages commerciaux non sollicités	x	x
Signatures électroniques et l'authentification	x	x
Protection des consommateurs en ligne	x	x
Transparence	x	x
Commerce sans papier	x	x
Accès à Internet ouvert	x	x
Contrats électroniques	x	x
Données publiques ouvertes	x	
Produits numériques		x
Transfert transfrontalier de renseignements par voie électronique		x
Localisation des données		x
Traitement du code source		x
Protection des renseignements personnels		x
Cadre réglementaire national applicable au commerce électronique		x
Coopération entre les parties		x
Règlement des différends en matière de commerce électronique		x

¹¹⁷. Leblond, *supra* note 99.

¹¹⁹. Gao, *supra* note 113.

¹¹⁸. Azmeh, Foster et Echavarri, *supra* note 20 à la p 689.

Tout comme le tableau ci-dessus permet de le constater, selon l'OCDE les normes relatives au commerce électronique discutées dans le cadre de l'Initiative conjointe sur le commerce électronique existent déjà dans plusieurs instruments internationaux et ont surtout déjà été acceptées de manière substantielle par les pays participant à l'Initiative¹²⁰. Étant donné la prolifération des normes et l'émergence de divers modèles de réglementation, la modélisation conventionnelle pourrait être une approche envisageable.

La modélisation conventionnelle s'entend de l'adoption d'un ensemble de dispositions afin de fournir un cadre à une future négociation bilatérale¹²¹. Si cette approche était beaucoup utilisée dans le domaine des traités bilatéraux d'investissement, notamment par les États-Unis dans les négociations bilatérales, on constate aujourd'hui une tendance à recourir également à un modèle de dispositions pour le commerce électronique¹²². L'émergence d'une modélisation conventionnelle régionale relativement au commerce électronique peut être déduite des actions des États-Unis et de l'Europe qui tentent déjà de reproduire leur modèle dans les accords de libre-échange qu'ils négocient. Ainsi, l'*Accord de partenariat économique entre l'Union européenne et le Japon (APE UE-Japon)*¹²³, considéré comme reflétant le modèle européen, présente peu de divergences tant sur le fond que sur la structure par rapport à l'*Accord de libre-échange UE-Singapour*¹²⁴. Aussi, le chapitre 14 du *PTPGP* et le chapitre 19 de l'*ACEUM* sont similaires à très peu de choses près¹²⁵. Comparant l'*APE UE-Japon* à l'*ACEUM*, Gloria O. Pasadilla constate une similarité entre les dispositions dans ces deux accords malgré l'absence de certaines dispositions relatives à la localisation ou à la responsabilité civile et un désaccord majeur sur l'encadrement des flux de données transfrontaliers¹²⁶. Concernant la Chine, la ratification du *RCEP* pourrait refléter sa vision, ou tout au plus ce qu'elle est prête à accepter, en matière de dispositions relatives au commerce électronique¹²⁷. La Chine et les États-Unis dominant le marché mondial du commerce électronique¹²⁸, la mesure de ce qu'ils sont prêts à accepter devrait être prise en compte dans des négociations multilatérales relatives au commerce électronique.

120. Taku Nemoto et Javier López González, « Digital Trade Inventory: Rules, Standards and Principles » (2021) OECD Trade Policy Paper n° 251 à la p 154.

121. Patrick Juillard, *L'évolution des sources du droit des investissements*, recueil de cours, Académie de droit international de La Haye, 1994 à la p 120; Bezhinibé Micheline Somda, Delphine Ducasse et David Pavot, « Le Chapitre 33 de l'ACÉUM et la prise en compte de la monnaie dans un accord commercial : comment faire du neuf avec du vieux? » (2022) Hors-série mars RQDI 257 à la p 264.

122. Gao, *supra* note 113.

123. Commission européenne, « EU-Japan Economic Partnership Agreement », en ligne : *Commission eu-*

ropéenne <trade.ec.europa.eu/access-to-markets/en/content/eu-japan-economic-partnership-agreement> (entrée en vigueur: 1^{er} février 2019) [*EU-Japan Economic Partnership Agreement*].

124. Pasadilla, *supra* note 95 à la p 21; *EU-Japan Economic Partnership Agreement*, *supra* note 123.

125. Pasadilla, *supra* note 95 à la p 21;

126. Pasadilla, *supra* note 95 aux pp 21-26.

127. RCEP, « Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP) », en ligne : *RCEP* <www.rcepsec.org/about/>.

128. Gao, *supra* note 113.

Conclusion

À l'OMC, l'urgence de la nécessité d'une réglementation multilatérale sur le commerce électronique se fait de plus en plus ressentir. La Directrice générale, Mme Ngozi Okonjo-Iweala, lançait d'ailleurs un avertissement aux participants aux négociations sur le commerce électronique lors de la réunion des chefs de délégation tenue le 6 juillet 2023 en ces termes : « vous n'avez pas beaucoup de temps. Les évolutions sont si rapides, dans le domaine du numérique »¹²⁹. S'il n'y a pas eu de consensus sur de nouveaux textes à l'OMC, les thèmes de discussion s'élargissent de plus en plus, démontrant ainsi l'intérêt grandissant pour la réglementation du commerce électronique. Les négociateurs sont d'ailleurs à la recherche d'un consensus sur des propositions de texte dans les domaines de la cryptographie, du code source, de la confidentialité, des guichets uniques, des télécommunications, des flux de données et de la localisation des données¹³⁰.

Au vu de l'intérêt et des discussions en cours sur le commerce électronique et en prenant en compte les règles déjà acceptées par les Membres dans les ACR comme base de négociation, l'OMC pourrait être à l'origine d'un modèle de réglementation du commerce électronique qui témoignerait de la substance de ce qui est déjà fait et accepté par ses Membres tant au niveau régional que bilatéral. La modélisation conventionnelle pourrait dans ce cas s'avérer un atout pour un futur accord multilatéral sur le commerce international. Elle permettrait non seulement d'instaurer une certaine prévisibilité et sécurité dans ce domaine très évolutif, mais aussi de créer un environnement numérique favorable à tous les Membres indépendamment de leur niveau de développement afin qu'ils puissent tirer pleinement profit du commerce électronique par une application effective des règles encadrant le commerce électronique.

¹²⁹. OMC, « Les coorganisateur des négociations sur le commerce électronique examinent les progrès accomplis et réfléchissent à la voie à suivre » (6 juillet 2023), en ligne : OMC <www.wto.org/french/news-_f/news23_f/jsec_06jul23_f.htm>.

¹³⁰. OMC, « Les négociateurs en charge du commerce électronique cherchent toujours des terrains d'entente sur les propositions de texte » (22 juin 2023), en ligne : OMC, <www.wto.org/french/news-_f/news23_f/jsec_22jun23_f.htm>.

