

Groupe de travail de la réglementation intérieure**COMMUNICATION PRÉSENTÉE PAR LA CHINE,
LE PAKISTAN ET LA SUISSE****Questions relatives aux "restrictions déguisées au commerce des services"
en rapport avec les négociations sur la réglementation
intérieure au titre de l'AGCS**

La communication ci-après, datée du 10 décembre 2009 et adressée par les délégations de la Chine, du Pakistan et de la Suisse, est distribuée aux membres du Groupe de travail de la réglementation intérieure.

I. INTRODUCTION

1. Dans le document de séance daté du 12 mars 2008, le Président du Groupe de travail de la réglementation intérieure a présenté pour examen quelques questions restant à régler, dont les trois ci-après qui concernent les "restrictions déguisées au commerce des services":

- 1) le sens de cette expression;
- 2) la question de savoir si elle devrait faire partie des disciplines;
- 3) l'endroit où elle devrait être placée dans les disciplines.

2. L'expression "restrictions déguisées au commerce des services" a été introduite dans le deuxième projet révisé du Président du 20 mars 2009:

"Les présentes disciplines ont pour objet de faciliter le commerce des services en faisant en sorte que les mesures en rapport avec les prescriptions et procédures en matière de licences, les prescriptions et procédures en matière de qualifications et les normes techniques soient fondées sur des critères objectifs et transparents, tels que la compétence et l'aptitude à fournir le service, et ne constituent pas des restrictions déguisées au commerce des services."

3. La présente communication vise à clarifier l'expression "restrictions déguisées" en tenant compte des dispositions et de la jurisprudence existantes de l'OMC. Quelques questions ont été soulevées sans préjudice de la position finale de la Chine, du Pakistan et de la Suisse sur cette question dans le cadre des négociations sur la réglementation intérieure au titre de l'article VI:4 de l'AGCS.

II. QUELQUES DISPOSITIONS DE L'OMC CONCERNANT LES RESTRICTIONS DÉGUISÉES

4. Le 26 octobre 2007, le Président du Groupe de travail de la réglementation intérieure a fait distribuer la note intitulée *Disguised Restrictions on Trade in Services* (restrictions déguisées au commerce des services) qui donnait un aperçu de la notion de "restrictions déguisées" telle qu'elle figure dans certains Accords de l'OMC et dans la mesure où elle est interprétée dans la jurisprudence de l'OMC. Comme cette note le laissait entendre, certains Accords de l'OMC concernant le commerce des marchandises interdisent explicitement aux Membres d'imposer des "restrictions déguisées", et un libellé similaire figure dans trois parties différentes de l'AGCS (voir les exemples cités dans l'annexe).

5. De l'avis de la Chine, du Pakistan et de la Suisse, ces dispositions ont certaines caractéristiques notables:

- 1) elles visent toutes la façon dont les mesures sont appliquées;
- 2) dans la plupart des cas, la notion de "restrictions déguisées" est accompagnée de celle de "discriminations arbitraires ou injustifiables". Les *extraits de rapports sur le règlement des différends portant sur la notion de "restriction déguisée"*, contenus dans la note informelle présentée par le Secrétariat le 18 avril 2007, révélaient aussi que, dans certains cas, les "restrictions déguisées" sont liées aux mesures discriminatoires frappant le commerce international;
- 3) l'article XX du GATT et l'article XIV de l'AGCS disposent que l'une des conditions préalables à remplir par les Membres pour recourir aux exceptions générales est que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer une restriction déguisée au commerce international/commerce des services. L'interdiction faite aux Membres d'imposer des "restrictions déguisées" au titre de ces dispositions a pour but de les empêcher d'abuser du droit de recours aux exceptions générales.

6. La Chine, le Pakistan et la Suisse notent que dans les différends visés par la note informelle susmentionnée, ni les rapports de groupe spécial ni ceux de l'Organe d'appel ne donnent une définition complète des "restrictions déguisées" ou n'illustrent son sens de manière exhaustive. Il apparaît que le sens de cette notion devrait être interprété au cas par cas.

III. COMMENT DEFINIR LES RESTRICTIONS DEGUISEES AU COMMERCE DES SERVICES

7. Pour traiter la question de savoir si l'expression "restrictions déguisées au commerce des services" devrait faire partie des disciplines, il faut que les Membres se penchent sur le sens et la portée de cette expression. Gardant cela à l'esprit, la Chine, le Pakistan et la Suisse proposent d'examiner les questions suivantes:

- a) Dans les Accords de l'OMC existants, que signifie l'expression "restrictions déguisées"? Vise-t-elle seulement la façon dont les mesures sont appliquées ou également les mesures proprement dites?
- b) Quel type de mesures pourra être considéré comme des "restrictions déguisées"? Dans l'hypothèse où une mesure constitue une restriction non nécessaire au commerce international, serait-elle considérée *prima facie* comme une restriction déguisée au commerce international?
- c) Dans les futures disciplines sur la réglementation intérieure, l'expression "restrictions déguisée au commerce des services" devrait-elle viser les "mesures" ou la façon dont les mesures sont appliquées? Ou les deux?
- d) Dans l'hypothèse où l'expression "restrictions déguisées au commerce des services" qui figurera dans la future discipline sur la réglementation intérieure vise à assujettir à cette discipline la façon dont les mesures sont appliquées, les constatations concernant les "restrictions déguisées" énoncées dans les rapports de groupe spécial ou de l'Organe d'appel devraient-elles être applicables au commerce des services? De plus, quelles sont, dans le domaine de la réglementation intérieure, les autres circonstances possibles dans lesquelles des "restrictions déguisées au commerce des services" pourraient apparaître?

- e) Si on part du principe que les dispositions concernant les "restrictions déguisées au commerce" se trouvent généralement dans le contexte d'exceptions (voir le paragraphe 5 3) ci-dessus) ou, selon le cas, de dérogations au traitement non discriminatoire (voir le paragraphe 5 2)), quels seraient l'incidence et le but d'une telle disposition si elle était incorporée dans le texte des disciplines conformément à la structure envisagée actuellement?
-

Annexe:

EXEMPLES DE DISPOSITIONS CONCERNANT LES "RESTRICTIONS DÉGUISÉES"
FIGURANT DANS LES INSTRUMENTS DE L'OMC

(Aucun des passages qui sont soulignés ne l'est dans l'original.)

AGCS:

Article VII

Reconnaissance

1. S'agissant d'assurer, en totalité ou en partie, le respect de ses normes ou critères concernant la délivrance d'autorisations, de licences ou de certificats pour les fournisseurs de services, et sous réserve des prescriptions du paragraphe 3, un Membre pourra reconnaître l'éducation ou l'expérience acquise, les prescriptions remplies, ou les licences ou certificats accordés dans un pays déterminé. Cette reconnaissance, qui pourra se faire par une harmonisation ou autrement, pourra se fonder sur un accord ou arrangement avec le pays concerné ou être accordée de manière autonome.

2. Un Membre partie à un accord ou arrangement du type visé au paragraphe 1, existant ou futur, ménagera aux autres Membres intéressés une possibilité adéquate de négocier leur accession à cet accord ou arrangement ou de négocier des accords ou arrangements qui lui sont comparables. Dans les cas où un Membre accordera la reconnaissance de manière autonome, il ménagera à tout autre Membre une possibilité adéquate de démontrer que l'éducation ou l'expérience acquise, les licences ou les certificats obtenus, ou les prescriptions remplies sur le territoire de cet autre Membre devraient être reconnus.

3. Un Membre n'accordera pas la reconnaissance d'une manière qui constituerait un moyen de discrimination entre les pays dans l'application de ses normes ou critères concernant la délivrance d'autorisations, de licences ou de certificats pour les fournisseurs de services, ou une restriction déguisée au commerce des services.

5. Chaque fois que cela sera approprié, la reconnaissance devrait être fondée sur des critères convenus multilatéralement. Dans les cas où cela sera approprié, les Membres collaboreront avec les organisations intergouvernementales et non gouvernementales compétentes à l'établissement et à l'adoption de normes et critères internationaux communs pour la reconnaissance et de normes internationales communes pour l'exercice des activités et professions pertinentes en rapport avec les services.

Article XIV

Exceptions générales

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

- a) nécessaires à la protection de la moralité publique ou au maintien de l'ordre public¹;
[...]

¹ L'exception concernant l'ordre public ne peut être invoquée que dans les cas où une menace véritable et suffisamment grave pèse sur l'un des intérêts fondamentaux de la société.

AGCS:

ANNEXE SUR LES TÉLÉCOMMUNICATIONS

5. *Accès et recours aux réseaux et services publics de transport des télécommunications*

c) Chaque Membre fera en sorte que les fournisseurs de services de tout autre Membre puissent recourir aux réseaux et services publics de transport des télécommunications pour assurer le transport d'informations, y compris les communications internes des sociétés de ces fournisseurs de services, à l'intérieur des frontières et au-delà, et pour accéder aux informations contenues dans des bases de données ou autrement stockées sous forme exploitable par machine sur le territoire de tout Membre. Toute mesure nouvelle ou modifiée d'un Membre qui affectera notablement cette utilisation sera notifiée et soumise à consultation conformément aux dispositions pertinentes de l'Accord.

d) Nonobstant les dispositions du paragraphe précédent, un Membre pourra prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et la confidentialité des messages, pour autant que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, soit une restriction déguisée au commerce des services.

GATT DE 1994:

Article XX

Exceptions générales

Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures:

a) nécessaires à la protection de la moralité publique;
[...]

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce:

Article 3

Traitement national

1. Chaque Membre accordera aux ressortissants des autres Membres un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants en ce qui concerne la protection² de la propriété intellectuelle, sous réserve des exceptions déjà prévues dans, respectivement, la Convention de Paris (1967), la Convention de Berne (1971), la Convention de Rome ou le Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés. En ce qui concerne les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion, cette obligation ne s'applique que pour ce qui est des droits visés par le présent accord. Tout Membre qui se prévaut des possibilités offertes par l'article 6 de la Convention de Berne (1971) ou par le paragraphe 1 b) de l'article 16 de la Convention de Rome présentera une notification au Conseil des ADPIC, comme il est prévu dans ces dispositions.

² Aux fins des articles 3 et 4, la "protection" englobera les questions concernant l'existence, l'acquisition, la portée, le maintien des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter ainsi que les questions concernant l'exercice des droits de propriété intellectuelle dont le présent accord traite expressément.

2. Les Membres pourront se prévaloir des exceptions autorisées en vertu du paragraphe 1 en ce qui concerne les procédures judiciaires et administratives, y compris l'élection de domicile ou la constitution d'un mandataire dans le ressort d'un Membre, uniquement dans les cas où ces exceptions seront nécessaires pour assurer le respect des lois et réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord et où de telles pratiques ne seront pas appliquées de façon à constituer une restriction déguisée au commerce.

Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires:

Préambule

Réaffirmant qu'aucun Membre ne devrait être empêché d'adopter ou d'appliquer des mesures nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international,

Article 2

Droits et obligations fondamentaux

1. Les Membres ont le droit de prendre les mesures sanitaires et phytosanitaires qui sont nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux à condition que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les dispositions du présent accord.

2. Les Membres feront en sorte qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne soit appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, qu'elle soit fondée sur des principes scientifiques et qu'elle ne soit pas maintenue sans preuves scientifiques suffisantes, exception faite de ce qui est prévu au paragraphe 7 de l'article 5.

3. Les Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires et phytosanitaires n'établissent pas de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres où existent des conditions identiques ou similaires, y compris entre leur propre territoire et celui des autres Membres. Les mesures sanitaires et phytosanitaires ne seront pas appliquées de façon à constituer une restriction déguisée au commerce international.

Article 5

Évaluation des risques et détermination du niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire

1. Les Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires soient établies sur la base d'une évaluation, selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances, des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux, compte tenu des techniques d'évaluation des risques élaborées par les organisations internationales compétentes.

2. Dans l'évaluation des risques, les Membres tiendront compte des preuves scientifiques disponibles; des procédés et méthodes de production pertinents; des méthodes d'inspection, d'échantillonnage et d'essai pertinentes; de la prévalence de maladies ou de parasites spécifiques; de l'existence de zones exemptes de parasites ou de maladies; des conditions écologiques et environnementales pertinentes; et des régimes de quarantaine ou autres.

3. Pour évaluer le risque pour la santé et la vie des animaux ou pour la préservation des végétaux et déterminer la mesure à appliquer pour obtenir le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire contre ce risque, les Membres tiendront compte, en tant que facteurs économiques pertinents: du dommage potentiel en termes de perte de production ou de ventes dans le cas de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination d'un parasite ou d'une maladie; des coûts de la lutte ou de l'éradication sur le territoire du Membre importateur; et du rapport coût-efficacité d'autres approches qui permettraient de limiter les risques.

4. Lorsqu'ils détermineront le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire, les Membres devraient tenir compte de l'objectif qui consiste à réduire au minimum les effets négatifs sur le commerce.

5. En vue d'assurer la cohérence dans l'application du concept du niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire contre les risques pour la santé ou la vie des personnes, pour celles des animaux ou pour la préservation des végétaux, chaque Membre évitera de faire des distinctions arbitraires ou injustifiables dans les niveaux qu'il considère appropriés dans des situations différentes, si de telles distinctions entraînent une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international. Les Membres coopéreront au Comité, conformément aux paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 12, pour élaborer des directives visant à favoriser la mise en œuvre de cette disposition dans la pratique. Pour élaborer ces directives, le Comité tiendra compte de tous les facteurs pertinents, y compris le caractère exceptionnel des risques pour leur santé auxquels les personnes s'exposent volontairement.

Accord sur les obstacles techniques au commerce:

Préambule

Reconnaissant que rien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires pour assurer la qualité de ses exportations, ou nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux, à la protection de l'environnement, ou à la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, aux niveaux qu'il considère appropriés, sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, et qu'elles soient par ailleurs conformes aux dispositions du présent accord,

Accord sur les marchés publics:

Article XXIII

Exceptions à l'accord

1. Aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant une Partie quelconque de prendre des mesures ou de ne pas divulguer des renseignements si elle l'estime nécessaire à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité, se rapportant aux marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, ou aux marchés indispensables à la sécurité nationale ou aux fins de la défense nationale.

2. Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent accord ne sera interprété comme empêchant une Partie quelconque d'instituer ou d'appliquer des mesures: nécessaires à la protection de la moralité publique, de l'ordre public ou de la sécurité publique, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, ou à la protection de la propriété intellectuelle; ou se rapportant à des articles fabriqués ou des services fournis par des personnes handicapées, ou dans des institutions philanthropiques, ou dans les prisons.
