

3. L'ACCORD DE LIBRE ÉCHANGE NORD-AMÉRICAIN ET LES SERVICES FINANCIERS: PARALLÈLE AVEC LE MARCHÉ UNIQUE EUROPÉEN

Voici déjà plus de trente ans que les États européens ont estimé qu'il était de leur intérêt commun de créer entre eux une communauté économique qui a connu les développements et les succès que l'on sait. Ceux des États d'Europe qui ne participaient pas à l'origine à ce marché commun avait cependant ressenti le besoin de créer au moins une zone de libre échange (Association Européenne de Libre Échange), du reste progressivement absorbée par la CEE.

Depuis plusieurs années, l'évolution de la situation économique internationale a convaincu d'autres régions du monde, en Amérique et en Asie, de l'opportunité de tels regroupements.

Parmi ces processus, la création d'une vaste zone de libre échange en Amérique du Nord semble désormais la plus avancée ; il s'agit de l'accord connu en français sous le nom d'ALENA, en anglais de NAFTA et en espagnol TLC, ces langues étant les langues officielles des trois États participants, le Canada, les États Unis et le Mexique. Les dirigeants de ces États ont paraphé l'accord le 7 octobre 1992 puis l'ont solennellement signé le 17 décembre. Les procédures de ratification selon le droit constitutionnel de chaque État sont en cours. En particulier le Congrès américain vient d'approuver en novembre le traité. Depuis la signature officielle, des négociations supplémentaires ont été menées afin de clarifier ou de compléter certains points de l'accord. Ces négociations ont abouti en août 1993. Le traité doit entrer en vigueur le 1er janvier 1994, ce qui à présent est toutefois considéré comme peu probable.

Un point capital doit être d'emblée souligné : l'ALENA est un accord de libre échange et non un traité visant à créer une entité supranationale à laquelle seraient transférées certaines compétences des États participants. La philosophie sous-jacente et la construction institutionnelle sont donc foncièrement différentes de celles des Communautés européennes où l'ambition d'union politique existait dès l'origine. Tout parallèle entre l'ALENA et la CEE doit avoir constamment en perspective cette différence foncière de nature. Les procédures de règlement des conflits, qui seront évoquées dans cette étude, constitueront une illustration évidente de cette différence. L'absence d'ordre juridique supérieur, qui s'imposerait aux participants, a été d'ailleurs un des problèmes les plus discutés, à la demande surtout des États-Unis, mais on voit mal comment ce pays aurait pu cependant en souhaiter le principe, tellement contraire à sa tradition constitutionnelle. De plus, le Canada s'y opposait résolument.

La présente étude ne s'attache qu'aux éléments du Traité concernant les services financiers (chapitre XIV du Traité). Une première partie présente les principes généraux et institutionnels du Traité, en comparaison avec la CEE et dans le cadre des négociations de l'Uruguay Round sur les services financiers. Une deuxième partie présente les conséquences quant à l'activité des prestataires de services financiers tandis que la troisième partie expose les procédures de règlement des conflits. Une évaluation est enfin proposée en conclusion.

3.1. APPLICATION AU SECTEUR BANCAIRE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU TRAITE

La philosophie de l'ALENA ressemble beaucoup à celle du GATT. Il n'y a donc pas lieu de s'étonner que l'on y retrouve les mêmes principes de base. Toutefois, il est clair que le souci d'aller plus loin rend le traité un peu hybride.

3.1.1. APPLICATION DES PRINCIPES GÉNÉRAUX AU SECTEUR FINANCIER

Le point de départ du traité consiste en ce que chaque État participant doit octroyer aux autres le traitement national et le traitement de la nation la plus favorisée. Ces concepts, bien connus des négociations du GATT, méritent d'être rappelés, tels qu'ils sont explicités pour les services financiers.

- Traitement national : il consiste en ce que chaque partie accorde aux investisseurs et aux institutions financières d'une autre partie un traitement qui ne peut pas être moins favorable que celui qu'elle accorde à ses propres investisseurs et institutions financières (article 1405 paragraphes 1 à 3). On notera, ce qui est particulièrement intéressant, que le traitement accordé sera jugé conforme au Traité s'il confère « des possibilités de concurrence égale » (article 1405 paragraphes 5 et 6). On voit ici l'influence des thèses européennes au GATT sur la réciprocité finalement endossées en partie par les États-Unis -. le traitement national doit conduire à un accès réel au marché.

- Traitement de la nation la plus favorisée : il consiste en ce que chaque partie accorde aux agents économiques d'une autre partie un traitement qui ne peut pas être moins favorable que le traitement le plus favorable qu'elle accorde aux agents économiques d'une autre partie au Traité ou de tout État tiers (article 1406). On notera que ce principe étend en particulier au Mexique les dispositions des accords antérieurs entre les États-Unis et le Canada.

Les aspects prudents seront évoqués plus loin.

Un autre principe repris des négociations du GATT est la transparence des réglementations (article 1411). Les personnes intéressées doivent avoir un accès facile à toutes les règles qui s'appliquent à elles. Leurs demandes, notamment d'agrément pour effectuer des prestations de services financiers, doivent être traitées sans retard injustifié, le principe étant qu'il devrait être répondu à tout demandeur qui a déposé un dossier complet dans les 120 jours. Par ailleurs, les personnes intéressées doivent normalement être consultées sur les nouvelles réglementations.

Le Traité comprend enfin des dispositions visant à assurer la protection de l'environnement : la concurrence ne pourra se faire au détriment de cette protection. Ceci s'applique notamment aux investissements. On sait l'importance que les États-Unis accordent à ce point.

3.1.2. LES EXCEPTIONS GÉNÉRALES (POUR LE SECTEUR FINANCIER)

Les principes généraux connaissent des exceptions de deux types.

- Il s'agit tout d'abord de certaines activités que les États peuvent se réserver ou réserver à des entreprises publiques (article 1401 paragraphe 3) :

- caisses publiques de retraite et systèmes obligatoires de sécurité sociale ;
- activités pour le compte de l'État ou avec sa garantie ou financées par des fonds publics.

- Il s'agit ensuite d'exceptions liées à ce que l'on pourrait appeler des règles d'intérêt général dans le domaine financier. Les États pourront ainsi continuer à appliquer nonobstant toutes dispositions du Traité :

- les règles « préventives » c'est-à-dire prudentielles. Ces règles sont définies comme celles visant à protéger les investisseurs et les déposants, à maintenir la solidité des institutions financières et à assurer l'intégrité et la stabilité du système financier d'une partie (article 1410 paragraphe 1). Cependant le Traité prévoit, ce qui est important, la possibilité de reconnaissance mutuelle des réglementations prudentielles soit entre parties au Traité soit entre une partie et un État tiers (article 1406 paragraphe 2 à 4). On retrouve ici également un thème qui a été largement discuté au cours de l'Uruguay round ;
- les dispositions adoptées pour la conduite de la politique monétaire ou des politiques de crédit connexes ;
- sous certaines conditions, les dispositions relatives à la politique de change.

3.1.3. LES RÉSERVES DANS LE SECTEUR FINANCIER

Comme dans tous les traités internationaux, chaque partie peut assortir sa ratification de réserves. Ce système est largement utilisé dans le Traité ALÉNA. Cependant, on ne peut pas considérer qu'il s'agit uniquement de « réserves » au sens strict : leur lecture attentive montre qu'il s'agit plutôt d'une explication de l'application du Traité dans chaque État participant. Chaque partie annonce ainsi les dispositions qu'elle n'appliquera plus aux autres parties et celles que, bien que contraires au Traité, elle se réserve le droit de continuer à appliquer, provisoirement ou sans limitation de durée. On retrouve ici encore les listes d'engagements des États dans les négociations du GATT.

Une des difficultés du Traité, qui transparait à plusieurs reprises, est le caractère fédéral des États qui y participent. En ce qui concerne les réserves, ceci se traduit par l'existence de trois niveaux :

- les réserves de caractère fédéral doivent être dûment répertoriées à la date d'entrée en vigueur du Traité : cela est l'objet, pour les services financiers de l'annexe VII au Traité ;
- les réserves de caractère provincial devront également être répertoriées. En matière de services financiers il n'en existe qu'aux États-Unis et au Canada. Les provinces canadiennes et les principaux États concernés des États-Unis (Californie, Floride, Illinois, New York, Ohio et Texas) devront notifier leurs réserves d'ici le 1er janvier 1994. Les 44 autres États des États-Unis devront le faire d'ici le 1er janvier 1995 (annexe 1409.1)
- les réserves des autorités locales, compte tenu de leurs objets, n'auront pas à être notifiées.

Le contenu des réserves est exposé dans la deuxième partie.

3.2. CONSÉQUENCES SUR L'ACTIVITÉ DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES

Le meilleur moyen d'étudier les conséquences du Traité sur l'activité des prestataires de services financiers est d'examiner la manière dont les dispositions prévues rendent effectives les libertés d'établissement et de prestation des services, bien connues du droit communautaire européen et qui semble avoir malgré tout influencé la rédaction du Traité *(10) .

Il serait souhaitable de préciser tout d'abord les définitions. Cela ne semble avoir été guère le souci des rédacteurs,

ce qui traduit à nouveau leur absence de souci d'harmonisation. Une institution financière est définie comme tout intermédiaire financier ou autre entreprise qui est autorisé à réaliser des affaires et qui est réglementé ou surveillé en tant qu'institution financière conformément à la législation de la partie sur le territoire de laquelle elle se trouve. Les services financiers sont quant à eux définis (si l'on peut dire) comme des services de nature financière, y compris les assurances, et tous les services connexes ou auxiliaires à des services de nature financière (article 1416). De ces définitions, pour le moins vagues, on retiendra qu'une institution financière est essentiellement une entreprise qui a un tel statut dans une partie et que les services financiers sont définis de façon large a priori.

3.2.1. LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT

Le Traité affirme le principe de la liberté d'établissement de la manière la plus ample : les parties reconnaissent le principe qu'il devrait être permis d'établir une institution financière sur le territoire d'une partie à tout investisseur d'une autre partie selon la forme juridique qu'il souhaite (article 1403 paragraphe 1). Ce principe doit notamment se traduire par la possibilité d'étendre son activité à tout le territoire du pays et d'être propriétaire d'institutions financières en exemption de toutes règles locales concernant les investissements étrangers.

En pratique, cependant la liberté d'établissement des institutions financières souffrira, au moins dans l'immédiat, de deux restrictions considérables réclamées par d'une part les États-Unis et d'autre part le Mexique.

La première restriction résulte des limitations à l'activité des banques aux États-Unis. Le Traité prévoit que les parties peuvent limiter le droit d'établissement aux filiales et donc ne pas permettre les succursales directes. L'obligation de constituer une filiale (assurée) pour recevoir des dépôts de moins de USD 100 000 demeurera.

Les banques canadiennes ou mexicaines resteront soumises aux mêmes restrictions du champ géographique de leurs activités entre États des États-Unis que les banques américaines, Le Glass Steagall Act s'appliquera également, sauf pendant une période de cinq ans en faveur des conglomerats mexicains existants.

On notera, et ceci est du plus grand intérêt pour tous les pays, que la perspective d'une levée de ces restrictions par les États-Unis dans un avenir assez proche (sous entendu les cinq ans sus mentionnés) est explicitement évoquée (article 1403.3 pour les limitations géographiques) *(11) .

La deuxième restriction importante du droit d'établissement résulte du souci bien compréhensible du Mexique d'éviter une invasion de son secteur financier par des institutions étrangères. La part de marché que pourront détenir les institutions financières des autres parties au Mexique sera donc limitée lors de l'entrée en vigueur du Traité puis cette part de marché augmentera progressivement. Ce mécanisme est identique à celui qui avait été mis en place en Europe en faveur de l'Espagne et du Portugal lors de l'adhésion de ces deux pays aux Communautés européennes. La part de marché est cependant ici mesurée en fonction du capital des filiales étrangères par rapport au capital des banques au Mexique.

Deux limites sont prévues pour les établissements de crédit *(12)

- une limite individuelle de 1,5 % du marché, applicable jusqu'à la fin de la période de transition de six ans ;
- une limite globale pour l'ensemble des institutions étrangères fixée d'abord à 8 % (du 1er janvier 1994 au 31 décembre 1998) et ensuite à 15 % durant la dernière année de la période de transition (1999).

Ces deux limites disparaissent à compter du 1er janvier 2000. Cependant, le Mexique a obtenu :

- pendant quatre ans après la fin de la période de transition de pouvoir geler à tout moment, pendant trois ans au plus, la part de marché des établissements de crédit étrangers lorsque celle-ci atteindra 25 % ;
- de limiter, sans limitation de durée, les acquisitions de banques mexicaines, de telle manière qu'une même institution étrangère ne puisse détenir plus de 4 % de part de marché ;
- enfin, si la part de marché des établissements de crédit étrangers atteint 25 %, le Mexique pourra demander la tenue de discussions en vue de la prise de mesures de correction - comme des limitations provisoires - et, en cas d'échec de ces discussions, un arbitrage (voir troisième partie).

Par ailleurs, le Mexique a introduit d'autres réserves, notamment pour éviter un contournement de la législation mexicaine par des banques mexicaines qui opéreraient à partir de filiales à l'étranger.

Le Canada pour sa part, s'est réservé de ne considérer comme établissements de crédit d'une autre partie que les établissements contrôlés par des personnes résidentes de cette autre partie. Le Canada pourra donc ne pas accorder le bénéfice du Traité à, par exemple, la filiale aux États-Unis d'une banque française, ce qui est évidemment discriminatoire.

3.2.2. LIBERTÉ DE PRESTATION DE SERVICES

L'article 1404 du Traité établit le principe de la liberté du commerce transfrontière, c'est-à-dire des prestations de services directes depuis la partie où l'établissement de crédit a son siège et sans établissement permanent de celui-ci dans le pays du client.

En fait, le Traité établit un régime très différent suivant qu'il s'agit de ce que l'on appelle en droit européen la liberté de prestation de service active ou celle passive.

La liberté passive est assurée : chacune des parties permettra à ses résidents d'avoir recours librement, à leur initiative, aux services des institutions financières des autres parties (article 1404 paragraphe 2). Le traité précise toutefois que cela n'oblige pas à permettre que ces institutions financières « fassent des affaires » dans le pays d'accueil ni se livre à de la publicité. Comme on le voit, il s'agit donc d'un concept restreint de la liberté passive de prestation de services : elle implique une pleine initiative du client, que l'établissement n'est pas autorisé nécessairement à solliciter (même indirectement), elle implique en général un déplacement de celui-ci dans le pays d'origine de l'institution financière.

La liberté active n'est pas assurée par le Traité. Celui-ci institue seulement une clause de standstill : les parties ne pourront pas adopter de nouvelles mesures réduisant en aucune façon le commerce transfrontière de services financiers par rapport à la situation à la date d'entrée en vigueur du Traité.

Les parties ont de plus introduit des réserves qui limitent encore le peu de portée de la liberté consentie :

- le Canada exclut les services transfrontière en matière de valeurs mobilières vis-à-vis des autres parties et les États-Unis les excluent vis-à-vis du Canada ;

- le Mexique, « pour des raisons de politique monétaire et de change » exclut les prestations de services financiers transfrontière à destination du territoire mexicain et des résidents mexicains. De plus, il interdit aux résidents mexicains d'acquérir des services financiers auprès de prestataires transfrontière si ces services sont libellés en pesos mexicains.

Conscientes de la modestie du résultat atteint, les parties ont convenu de se consulter au plus tard le 1er janvier 2000 afin de réaliser une plus grande libéralisation du commerce transfrontière des services financiers, en particulier en matière d'assurances (annexe 1404.4).

Si le résultat est modeste d'un point de vue institutionnel, il ne doit pas cependant être sous-estimé en pratique. En effet, la liberté de prestation de services passive (qui est la concrétisation de la liberté des mouvements de capitaux) assurera aux grandes entreprises et aux investisseurs informés de larges possibilités de recours au système financier des autres États. Les banques américaines ne s'y trompent pas, elles attendent avec impatience l'entrée en vigueur du Traité avec en vue notamment le marché mexicain.

3.2.3. COOPÉRATION ENTRE LES AUTORITÉS

Le Traité, comme il a été déjà souligné, n'organise ni l'harmonisation, ni la reconnaissance mutuelle systématique des réglementations, notamment prudentielles.

L'utilité d'une coopération entre les autorités est malgré tout reconnue.

3.3. INSTITUTIONS MISES EN PLACE PAR LE TRAITE

Le Traité met en place des institutions bien plus comparables à celles du GATT qu'à celles des Communautés européennes. Le principal rôle de ces institutions est de participer à la résolution des différends.

3.3.1. INSTITUTIONS CRÉÉES

Le Traité établit (article 2001) une Commission du Commerce pour veiller à l'application et au bon fonctionnement général de l'accord.

Compte tenu de la spécificité des services financiers, il crée par ailleurs (article 1412 paragraphe 1) un Comité des services financiers où le représentant principal de chaque pays devra être un haut fonctionnaire de l'autorité responsable de la tutelle du secteur (il s'agit en fait du ministère des finances pour les trois pays).

Le Comité se voit attribuer trois fonctions (article 1412 paragraphe 2) :

- veiller à l'application du chapitre sur les services financiers et à son développement ultérieur ;
- étudier toute question relative aux services financiers qui lui serait soumise par une partie ;
- participer aux procédures de règlement des différends.

L'institution de ce Comité spécialisé reprend une idée elle-même longuement discutée dans le cadre de l'Uruguay round et à laquelle les États Unis accordaient beaucoup d'importance.

3.3.2. PROCÉDURES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENTS

Deux cas sont prévus par le Traité.

3.3.2.1. Controverses générales entre États

Normalement, seul un État qui est partie au Traité peut présenter des plaintes contre un autre État également partie.

En matière de services financiers est prévue la possibilité de consultations bilatérales ou multilatérales sur les controverses. Les autorités compétentes en matière de réglementation financière pourront être invitées à participer à ces consultations.

Dans l'hypothèse où aucun consensus n'est atteint, tout État partie au Traité peut procéder à la convocation d'une réunion plénière de la Commission du Commerce pour résoudre la controverse.

Si la Commission du Commerce ne dégage pas non plus de solution, tout État partie au Traité peut initier la procédure d'arbitrage.

Le Tribunal d'arbitrage comprend cinq membres désignés par les parties à la controverse. Ces cinq membres sont en principe choisis dans une liste spéciale de quinze experts en matière de services financiers désignés par consensus pour trois ans (panel). La partie défenderesse pourra au moins exiger que le président du tribunal soit un de ces experts si elle invoque des exceptions liées aux règles d'intérêt général dans le domaine financier (cf. 1.2.2.).

Le tribunal d'arbitrage communique ses conclusions à la Commission du Commerce et normalement son rapport est l'objet d'une publication.

Si les conclusions du tribunal ne sont pas adoptées, le pays demandeur a le droit de prendre des mesures de restrictions d'effet équivalent aux mesures qu'il contestait. Le Traité sur ce point précise

le problème des rétorsions intersectorielles, bien connu de la négociation de l'Uruguay round, et les exclut en principe (article 1414 paragraphe 5) :

- si la mesure contestée concernait les seuls services financiers, la rétorsion ne devra être que dans ce secteur ;
- si la mesure contestée concernait un autre secteur, la rétorsion ne pourra concerner les services financiers ;
- si la mesure contestée était mixte, une rétorsion proportionnée dans le secteur financier est possible.

3.3.2.2. Controverses à l'initiative d'investisseurs

Le Traité prévoit la possibilité de saisie directe par un investisseur privé dans certains cas (articles 1116 et 1117) pour faire constater la non-conformité au Traité d'une disposition d'un État. Cette demande est soumise à un Tribunal d'arbitrage de trois personnes. Si l'État défendeur invoque des exceptions liées aux règles d'intérêt général dans le domaine financier, la question est posée au Comité des services financiers dont la décision est obligatoire pour le tribunal. A défaut de décision du Comité dans les deux mois, un panel d'arbitrage peut être constitué dont la décision sera également obligatoire et à défaut de constitution de ce panel, le tribunal se prononce lui-même.

3.3.2.3. Lien avec le GATT

L'État demandeur a le choix du forum : instances de l'ALENA ou du GATT. Le choix pour une affaire est irrévocable.

3.4 CONCLUSION

L'examen approfondi du Traité confirme l'impression première il s'agit d'un Traité fondé sur le principe du libre échange en allant aussi loin que possible dans les conséquences pratiques et qui a beaucoup bénéficié, pour le secteur financier, des discussions de l'Uruguay round.

Le Traité ne crée pas d'ordre institutionnel supra national - même au niveau de la solution des controverses - et ne manifeste pas de volonté d'harmonisation des normes et encore moins de reconnaissance mutuelle.

En ce qui concerne les services financiers, le résultat semble, du point de vue institutionnel, assez limité et se restreint en fait à l'établissement de filiales et à la prestation de services passive, dans des conditions elles-mêmes limitatives. Ce résultat est sans doute dû pour l'essentiel à l'absence d'engagements de la part des États Unis de lever les conséquences de lois nationales restrictives pour l'activité bancaire et d'autre part à la volonté bien compréhensible du Mexique de s'assurer une certaine protection face à une submersion possible par des entreprises financières étrangères.

Du point de vue pratique, la liberté des mouvements de capitaux et son corollaire, la liberté de prestations de services passive, ouvrent cependant des horizons importants aux grandes banques internationales des États participants qui pour cette raison placent beaucoup d'attentes dans l'ouverture de l'ALENA.

Le Traité prévoit de nouvelles négociations d'ici à l'an 2000. Ces négociations pourraient donner plus de consistance à l'accord dans le domaine des services financiers, notamment s'il assure l'établissement de succursales et de libre prestation de services active. Ce sont pourtant des étapes qui, malgré certains indices, ne sont pas acquises.