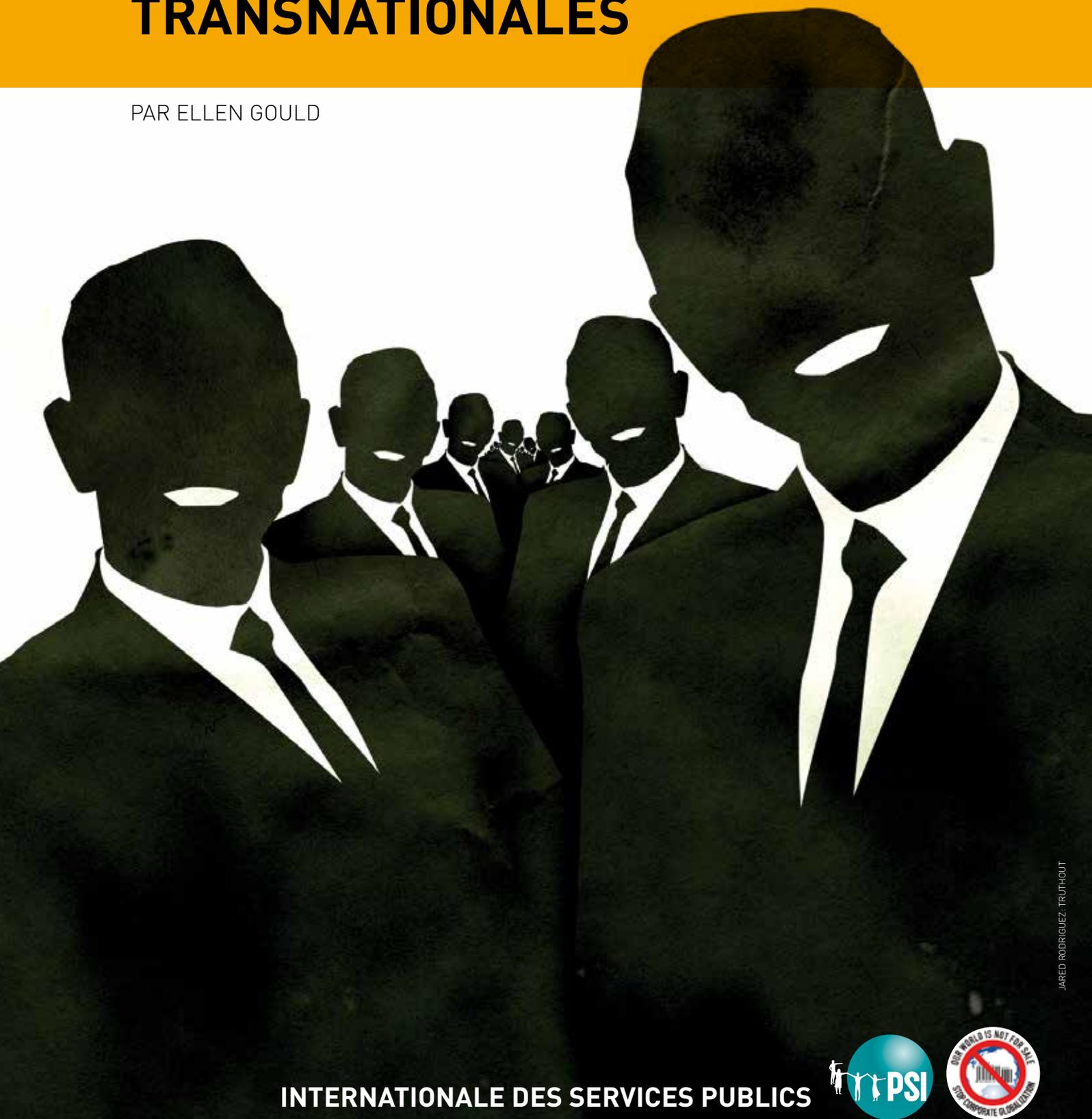


ACS – ACCORD SUR LE COMMERCE DES SERVICES

LES « VRAIS BONS AMIS »... DE L'ACCORD DES ENTREPRISES TRANSNATIONALES

PAR ELLEN GOULD



JARED RODRIGUEZ: TRUTHOUT

INTERNATIONALE DES SERVICES PUBLICS



Par Ellen Gould

D'origine canadienne, Ellen Gould est consultante auprès de l'Institut Harrison de l'Université de Georgetown, de groupes de consommateurs, d'autorités municipales, ainsi que d'associations professionnelles, dans le domaine des accords commerciaux internationaux et de leurs conséquences. Elle occupe également la fonction d'Associée de recherche au sein du Centre canadien de politiques alternatives. Ellen Gould a publié de nombreuses études, parmi lesquelles « GATS and Financial Instability » (L'AGCS et l'instabilité financière), « The Commodification of Services » (La marchandisation des services), « How the GATS Undermines the Right to Regulate » (Comment l'AGCS met à mal le droit de réglementer), ou encore « International Trade Agreements: An Update for the Union of BC Municipalities » (Accords commerciaux internationaux : informations destinées à l'Union des municipalités de la Colombie-Britannique).

Ce rapport a été commandé par Our World Is Not For Sale (OWINFS) et l'Internationale des Services Publics (ISP). Cependant, les avis exprimés dans ce document ne reflètent pas nécessairement ceux d'OWINFS ou de l'ISP.

Publié en septembre 2014
par l'Internationale des Services Publics (ISP)
www.world-psi.org
et
Our World Is Not For Sale (OWINFS)
www.ourworldisnotforsale.org

PRÉFACE

Considérer les lois et réglementations démocratiques, adoptées par des gouvernements élus afin de protéger l'intérêt public, comme une entrave aux échanges commerciaux, constitue une vision fondamentalement erronée du rôle d'un gouvernement.

Si les lois et réglementations visant à protéger les travailleurs/euses, les consommateurs, les petites entreprises et l'environnement existent, c'est parce que le marché lui-même n'y parvient pas.

La crise financière mondiale a mis au jour l'impact désastreux de l'échec d'une réglementation adéquate des marchés financiers. Du réchauffement climatique à la catastrophe du Rana Plaza, notre monde se trouve confronté à des défis à l'échelle nationale comme internationale, qui mettent en lumière les conséquences tragiques de cette incapacité à concevoir et à appliquer des règles décentes, profitant à tous les membres de nos sociétés.

La capacité de réglementer s'avère également essentielle en vue de garantir une concurrence loyale entre les entreprises, et de permettre aux pays, villes et régions de poursuivre leur développement économique et culturel.

L'Accord sur le commerce des services (ACS), actuellement négocié dans le plus grand secret, s'inscrit dans le cadre de cette nouvelle vague inquiétante d'accords commerciaux et d'investissement, reposant sur des pouvoirs juridiquement contraignants qui institutionnalisent les droits des investisseurs transnationaux et interdisent toute intervention des États dans un large éventail de secteurs indirectement liés au commerce.

Le document accompagnant le présent rapport, intitulé L'ACS contre les services publics, lève le voile sur les effets néfastes de l'ACS sur les services publics, qui visent à fournir des services économiques et sociaux essentiels, tels que les soins de santé ou encore l'éducation, et ce, de façon abordable, universelle, et en réponse à un besoin. Ce que le marché ne parvient pas à offrir.

Ce qui est d'autant plus choquant, c'est que l'ACS empêchera les gouvernements de reprendre le contrôle des services publics, même en cas d'échec de la privatisation. Aussi incroyable que cela puisse paraître, dans le sillage de la crise financière mondiale, l'ACS tente également de déréglementer davantage les marchés financiers.



Il s'agit d'une tentative délibérée visant à privilégier les bénéficiaires des entreprises et des nations les plus riches de la planète, au détriment de celles qui sont le plus dans le besoin et qui connaissent les plus grands risques, en établissant une véritable oligarchie mondiale qui dicte ses règles dans le monde entier.

Nous savons que les grandes entreprises sont fortement impliquées dans les négociations sur l'ACS.

Au vu des enjeux importants pour la population et pour notre planète, le secret autour des négociations sur l'ACS constitue un véritable scandale. Qui, dans un pays démocratique, acceptera que son gouvernement approuve en secret des lois qui déplacent fondamentalement le pouvoir et la richesse, qui lient les futurs gouvernements et qui restreignent la capacité d'une nation à offrir des services à ses citoyen(ne)s ?

Les textes de l'ACS, qui font actuellement l'objet de négociations, doivent être publiés afin d'être soumis à l'opinion publique avant d'être adoptés.

L'ACS ne doit en aucun cas restreindre la capacité d'un gouvernement, quel qu'il soit, de réglementer dans le meilleur intérêt de la population.

Les services publics ne doivent pas être commercialisés.

Rosa Pavanelli
Secrétaire générale
Internationale des Services Publics

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	7
De l'AGCS à l'ACS – la lame s'aiguise	9
Une structure de négociation coercitive	11
Statu quo et effet de cliquet	13
Pérennité et irréversibilité des engagements.....	15
Restriction du droit de réglementer des gouvernements	17
Imposer la déréglementation	19
Qui décide si vos lois sont « non nécessaires » ou « déraisonnables » ?	21
Disciplines sectorielles.....	24
Impact potentiel sur la confidentialité des données.....	26
Conclusion.....	28
Notes	30

INTRODUCTION

C'est en 2012 que certains pays ont entamé, dans le plus grand secret, des négociations en vue de conclure un nouvel accord commercial, baptisé l'Accord sur le commerce des services (ACS). Ce groupe de pays¹ impliqués dans les négociations sur l'ACS s'est lui-même proclamé, non sans humour, les « Vrais bons amis des services »², reflétant ainsi leur ferme volonté de promouvoir les intérêts de l'industrie des services. Mais les restrictions massives et permanentes au regard des services publics et les réglementations connexes qui pourraient bien résulter de leur travail, ne font quant à elles rire personne.

Ce sont les groupes de réflexion et de plaidoyer des grandes multinationales qui, mécontents de la stagnation des négociations sur les services au sein de l'Organisation mondiale du commerce, ont fait naître l'idée de l'ACS.³ La Coalition of Services Industries n'a pas dissimulé l'ambition des négociateurs de l'ACS au regard de la privatisation et de la déréglementation. Amené à témoigner devant le gouvernement américain en tant que Président de la Coalition, Samuel Di Piazza, banquier conseil chez Citigroup, a déclaré que les pays impliqués dans les négociations sur l'ACS devaient « modifier ou supprimer les réglementations » à l'intérieur même de leurs frontières. Selon Samuel Di Piazza, les banques, les compagnies d'assurance, les médias et les autres sociétés opérant sur la scène internationale, devraient pouvoir exercer leurs activités dans un environnement où les variables sont « définies par le marché, et non par les gouvernements ». Pour Di Piazza, une fois l'ACS signé, les services réglementés ou fournis par les autorités publiques ne seront plus qu'un lointain souvenir, et céderont la place à un monde dans lequel « *les principes du libre marché peuvent régir les investissements et la fourniture de services à l'échelle transnationale* ».⁴

Cette déréglementation radicale défendue par la Coalition viendra priver les gouvernements de toute marge d'action politique, et ce, à tous les niveaux. Par exemple, Walmart, membre de la Coalition of Services Industries, voit en l'ACS un moyen de se libérer des règles de zonage et des restrictions relatives à la taille des magasins imposées par les autorités locales. Walmart souhaite également que l'ACS mette un terme aux restrictions sur la vente d'alcool et de tabac, un domaine relevant souvent des compétences des gouvernements provinciaux et nationaux.⁵

« Walmart, membre de la Coalition of Services Industries, voit en l'ACS un moyen de se libérer des règles de zonage et des restrictions relatives à la taille des magasins imposées par les autorités locales »

Cette volonté d'annihiler le rôle joué par les gouvernements dans la fourniture de services, de se débarrasser des réglementations, et de laisser carte blanche aux sociétés transnationales, peut être assimilée à l'idéologie d'un parti libertaire – un programme radical qui doit être débattu sur la scène publique et soumis au vote des citoyen(ne)s. Mais au contraire, les Vrais bons amis des services ont imposé un niveau de secret sans précédent dans leurs négociations, réduisant ainsi à néant la capacité du grand public à donner son avis sur les importantes questions en jeu. Les positions prises par les gouvernements autour de la table des négociations sur l'ACS – leur volonté effrénée de privatisation et de déréglementation, ou encore leurs éventuelles concessions dans des domaines sensibles, tels que la santé, l'éducation, la culture, l'approvisionnement en eau, ou la réglementation du secteur bancaire – ne seront dévoilées que cinq ans après l'entrée en vigueur de cet accord⁶. Ce secret absolu semble viser à ce que les représentants du commerce puissent négocier sans se soucier des préoccupations nationales, et à libérer les décideurs politiques de toute responsabilité dans la création de l'ACS.

Pourquoi les sociétés transnationales des services sont-elles aussi convaincues que leurs exigences en matière de déréglementation et de privatisation seront intégrées aux dispositions de l'ACS ? L'analyse qui suit se concentre sur la façon dont l'ACS pourrait être utilisé pour satisfaire à leurs objectifs de déréglementation, et vient compléter l'étude « L'ACS contre les services publics »⁷ qui analyse dans quelle mesure l'ACS viendrait stimuler la privatisation. L'ACS peut être considéré comme un coup dur pour l'intérêt public, étant donné qu'il promeut non seulement la privatisation, mais présente également des arguments pour contester la réglementation des services fournis par le secteur privé.

Le présent document entend lever le voile sur le secret et la complexité qui entourent les négociations sur l'ACS, afin de faire entrer cet accord dans la sphère publique et de pouvoir ainsi ouvrir un véritable débat démocratique. Bien que les Vrais bons amis des services (à la seule exception de la Suisse) aient refusé de publier tout document lié aux négociations, les nombreuses informations ressortant des discours tenus par les négociateurs, des revues professionnelles, ou encore des documents ayant filtré, révèlent la menace que représente l'ACS pour la réglementation dans l'intérêt public.

DE L'AGCS À L'ACS

LA LAME S'AIGUISE



DENNIS JARVIS

Pour bien comprendre les tenants et les aboutissants de l'ACS – véritable stratégie visant à esquiver les pourparlers, actuellement dans l'impasse, destinés à élargir les règles et obligations relatives aux services au sein de l'OMC –, revenons tout d'abord sur certains points clés de ces négociations. Les défenseurs des sociétés transnationales se sont plaints des maigres avancées de l'accord sur les services de l'OMC – l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) – par rapport aux importants résultats escomptés lors de son entrée en vigueur, en 1995. Ils ne sont également pas satisfaits des négociations actuelles sur l'AGCS, visant à étendre continuellement la portée de cet accord.

Accusés de prendre en otage les négociations sur l'AGCS afin de pouvoir avancer dans d'autres domaines, les pays en développement ont rétorqué que, s'ils avaient dû accepter de nouvelles concessions majeures lors des négociations sur les services, ils n'avaient toutefois été témoins d'aucune avancée au sein de l'OMC dans des secteurs tels que l'agriculture, où ils bénéficient d'un avantage concurrentiel. Les négociations de l'OMC sont censées déboucher sur des résultats « sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels » pour tous les membres, et plus particulièrement veiller à ce que les pays en développement puissent s'assurer une part de la croissance du commerce international.⁸ Au départ, lors de la création de l'OMC, même l'inclusion des services au sein de l'organisation était une véritable concession de la part des pays en développement, dans la mesure où les sociétés basées dans les pays de l'OCDE se taillent la part du lion dans le commerce mondial des services.

Pour sortir de l'impasse dans laquelle l'OMC se trouve actuellement, un groupe majoritairement composé de pays de l'OCDE a décidé de fonder les « Vrais bons amis des services », dans l'objectif d'aller bien au-delà de l'AGCS multilatéral ou de tout accord régional ou bilatéral jamais conclu, en poussant d'autres pays à signer l'ACS, puis en intégrant cet accord à la structure de l'OMC. En tant qu'ancien Représentant américain au commerce, Ron Kirk a déclaré devant une assemblée de représentants du secteur, que l'ACS « *présentait une incroyable nouvelle chance d'analyser les progrès accomplis jusqu'ici par les accords sur les services, de consolider les éléments les plus importants et efficaces dans un seul et unique cadre, et d'étendre ce cadre à un plus large groupe de pays* ». ⁹ Les

négociations sur l'ACS rappellent essentiellement celles qui ont abouti à l'AGCS, à la seule différence que les délégations susceptibles de refuser les exigences les plus extrêmes imposées par les défenseurs des sociétés transnationales ne siégeront, cette fois, pas à la table des négociations.

Si l'industrie critique l'AGCS pour son manque de fermeté, force est de constater que cet accord renferme déjà de solides dispositions en matière de déréglementation. Par exemple, en 2004, un Groupe spécial de l'OMC a révélé que les réglementations américaines interdisant les jeux de pari sur Internet et autres formes de jeu à distance constituaient une violation de l'AGCS¹⁰. Les avocats américains ont déclaré au groupe spécial que le droit de réglementer reconnu dans le préambule de l'AGCS « *implique le pouvoir de fixer des limitations concernant la portée de l'activité admissible* ». ¹¹ La plupart des citoyen(ne)s pourraient penser qu'il s'agit là d'un pouvoir minimum de leur gouvernement.

LES ÉLÉMENTS DE L'« AGCS-PLUS » FAISANT PARTIE DE L'ACS ET SUSCEPTIBLES D'ENTRAÎNER LES CONSÉQUENCES LES PLUS DÉVASTATRICES EN MATIÈRE DE DÉRÉGLEMENTATION SONT LES SUIVANTS :

- une structure de négociation coercitive qui poussera les gouvernements à inclure le plus grand nombre de secteurs des services possible dans cet accord, et à précipiter la mise en œuvre d'un ensemble de nouvelles restrictions en matière de réglementation ;
- les dispositions « AGCS-plus » qui feront naître de nouveaux arguments pour contester les réglementations ;
- la suppression de l'article de l'AGCS permettant aux pays de revenir sur leur engagement s'ils parviennent à obtenir l'accord des autres parties.

Cependant, dans sa décision, le groupe spécial a clairement défini la façon dont l'AGCS limite le droit de réglementer :

*« La souveraineté des Membres en matière de réglementation est un pilier essentiel de la libéralisation progressive du commerce des services, mais cette souveraineté prend fin chaque fois que les droits d'autres Membres au titre de l'AGCS sont compromis. »*¹²

En vertu de cette décision du groupe spécial, les Vrais bons amis des services doivent comprendre qu'ils ne peuvent espérer mettre en place des restrictions radicales sur les réglementations au sein de l'ACS, qui aillent bien au-delà des dispositions de l'AGCS, sans voir par la suite ces armes juridiques se retourner contre leurs propres réglementations dans le cadre d'un recours sur le plan commercial. Au vu de leur intention de créer un accord « AGCS-plus », les Vrais bons amis devront probablement « modifier ou supprimer des réglementations », comme exigé par la Coalition of Services Industries. En l'absence d'une déréglementation, les membres de l'ACS pourraient bien se retrouver face à un groupe spécial de règlement des différends, afin de redéfinir clairement dans quelle mesure l'ACS limite leur souveraineté en matière de réglementation.

« En 2004, un Groupe spécial de l'OMC a révélé que les réglementations américaines interdisant les jeux de pari sur Internet et autres formes de jeu à distance constituaient une violation de l'AGCS »

UNE STRUCTURE DE NÉGOCIATION COERCITIVE



STEFANO CORSO

« Toutes les lois et réglementations visant à réaliser des objectifs en matière de réglementation intérieure seront soumises à l'obligation de traitement national. En outre, le principe de traitement national s'appliquera à toute future réglementation de ce type régissant le secteur des services. »

*« Trade in Services – Communication on Behalf of the United States »
(Commerce des services – Communication au nom des États-Unis)
document GATT L/5838, 9 juillet 1985*

Dans leur campagne initiale en faveur de l'inclusion des services dans les accords de l'OMC, les États-Unis ont tenté d'imposer une structure « descendante », impliquant la couverture automatique par l'accord de tous les secteurs des services, à moins qu'ils n'aient été spécifiquement exclus par les pays. Même si au final, l'AGCS a intégré des dispositions régissant l'ensemble des services, cet accord « descendant » défendu par les États-Unis a été rejeté dans deux domaines clés – « l'accès aux marchés » et « le traitement national ».

L'obligation d'accès aux marchés imposée par l'AGCS interdit toute application de contingents numériques au regard de la fourniture ou des fournisseurs d'un service. L'obligation de traitement national contraint quant à elle un pays à accorder aux services et fournisseurs de services de toute autre partie à l'accord, un traitement non moins favorable que celui qu'ils accordent à leurs propres services similaires et à leurs propres fournisseurs de services similaires. La structure ascendante de l'AGCS permet aux pays de choisir les services qu'ils souhaitent soumettre aux obligations d'accès aux marchés et de traitement national, plutôt que de partir du principe que chaque service est régi par ces obligations à moins d'en être expressément exclu.

En revanche, dans les dispositions de l'ACS, les États-Unis sont parvenus à atteindre¹³ leur objectif de longue date visant à ce que le principe de traitement national s'applique de façon descendante à l'ensemble des services. En raison de cette structure descendante, les pays impliqués dans l'ACS devront établir la liste de tous les services qu'ils souhaitent exclure de cette obligation de traitement national. Avec cette proposition de droits « exprimés ou perdus », le principe de traitement national risque dès lors de s'appliquer à des services que les gouvernements souhaitaient protéger.

L'impact de la déréglementation avec l'approche descendante de l'ACS au regard du traitement national s'avère particulièrement lourd de conséquences, dans la mesure où le traitement national cible bien plus que les quelques réglementations qui favorisent ouvertement les entreprises locales. En vertu de ce principe, le traitement identique accordé aux entreprises locales et étrangères ne suffit pas – il convient d'accorder les mêmes conditions de concurrence à toutes les entreprises. Cette exigence place les gouvernements dans l'incertitude, dans la mesure où il n'est pas toujours possible de déterminer clairement si les réglementations créent – ou non – des conditions de concurrence inéquitables.

En outre, les réglementations discriminatoires au profit des services fournis par les gouvernements¹⁴, les organismes à but non lucratif ou les coopératives, violent le principe de traitement national. Par exemple, dans ses observations sur l'ACS à l'attention du Représentant américain au commerce, FedEx indique souhaiter des « conditions identiques » pour les services fournis par les secteurs privé et public, ainsi que « la suppression des avantages réglementaires conférés depuis toujours aux services de poste nationaux ». ¹⁵ Les services de poste nationaux sont habilités à desservir certains segments du marché, tels que les zones reculées, des « conditions » non rentables qui n'intéressent en aucun cas FedEx ni les autres transporteurs transnationaux. La suppression des réglementations offrant des avantages aux services de poste nationaux mettra à mal leur capacité à remplir leurs mandats d'intérêt public.

« FedEx souhaite la suppression « des avantages réglementaires conférés depuis toujours aux services de poste nationaux » »

Les dispositions relatives au traitement national peuvent également être utilisées en vue de contester les réglementations exigeant une représentation locale au sein des instances de gouvernance des entreprises de services. La Coalition of Services Industries estime que l'ACS devrait interdire aux gouvernements « *de contraindre les prestataires de services à respecter des exigences de nationalité pour les membres des conseils d'administration* ». ¹⁶ Même les caisses de crédit mutuel et les coopératives de crédit ne seraient pas autorisées à exiger que les membres de leur conseil d'administration soient issus de la communauté locale. Si les parties à l'ACS n'excluent pas explicitement ces réglementations lors de leurs engagements de traitement national descendant, elles doivent alors les abroger ou risquer de se trouver confrontées à un recours sur le plan commercial.

STATU QUO ET EFFET DE CLIQUET



SAM WOLFF

À l'instar de l'application d'une structure descendante pour l'obligation de traitement national, d'autres mécanismes sont utilisés pour pousser les gouvernements à accepter que le plus grand nombre de services possible soit couvert par les règles de l'ACS. Le groupe des Vrais bons amis conçoit l'ACS sur le modèle de l'AGCS, en y incluant toutefois de nouvelles dispositions qui imposeront des contraintes draconiennes au droit de réglementer. En 2012, Michael Punke, Ambassadeur américain auprès de l'OMC, avait indiqué que les Vrais bons amis des services s'étaient accordés sur l'application de clauses de statu quo et à effet de cliquet quant au principe de traitement national, qu'ils pourraient également appliquer à l'accès aux marchés.¹⁷

La clause de statu quo contraindrait les gouvernements à pérenniser les politiques existantes au moment de la signature de l'accord. Par exemple, si une entreprise étrangère s'est vue accorder le droit de fournir des services d'assurance santé, l'ACS considèrera alors que ce droit est permanent. Comme l'indiquent les défenseurs du secteur des assurances américain, « *les engagements doivent, au minimum, correspondre au niveau d'accès existant sur le marché actuel* ». ¹⁸

La clause de statu quo¹⁹ proposée par l'ACS pérenniserait automatiquement toutes les expériences des gouvernements en matière de déréglementation – sans aucune possibilité de retour en arrière dans le cas où cette expérience s'avèrerait désastreuse. Par exemple, le gouvernement norvégien actuel prévoit de déréglementer la vente d'alcool. La Norvège s'est toujours érigée en fervent défenseur des politiques de contrôle de l'alcool, en vue de réduire les risques d'accidents liés à l'alcool. Cependant, le gouvernement norvégien envisage désormais de mettre fin au monopole gouvernemental sur la

vente d'alcool. Les autorités étudient la possibilité d'autoriser la vente directe d'alcool du producteur au consommateur, et d'assouplir les restrictions s'appliquant à la publicité de vente d'alcool.²⁰ La disponibilité réduite de l'alcool et sa publicité restreinte avaient permis de lutter efficacement contre les dommages liés à l'alcool – il est donc possible que le gouvernement norvégien souhaite, un jour, faire marche arrière. Cependant, en vertu de la clause de statu quo, toutes les mesures prises par la Norvège pour libéraliser la vente d'alcool pourraient être acquises à titre permanent.

Les clauses de statu quo et à effet de cliquet de l'ACS pourraient bien dissuader d'autres pays de rejoindre le groupe des Vrais bons amis. L'AGCS procure une certaine flexibilité aux pays, dans la mesure où ils peuvent choisir de ne pas engager des secteurs qu'ils pourraient déjà avoir ouverts à des entreprises étrangères. Dans la mesure où, lors des négociations initiales sur l'AGCS, les programmes d'ajustement structurel imposés par le Fonds monétaire international ont contraint de nombreux pays en développement à appliquer de lourdes mesures de privatisation et de déréglementation, ces pays ne souhaitent pas que ces secteurs soient automatiquement figés par l'AGCS. Au contraire, les pays en développement pourraient chercher à obtenir des avantages dans des secteurs qui les intéressent – construction, services maritimes, emploi de travailleurs/euses temporaires travaillant à l'étranger – en échange de la garantie que les services déjà privatisés et déréglementés soient couverts par l'ACS.

« La clause de statu quo proposée par l'ACS pérenniserait automatiquement toutes les expériences des gouvernements en matière de déréglementation – sans aucune possibilité de retour en arrière dans le cas où cette expérience s'avérerait désastreuse »

Les pays en développement sont invités par les défenseurs de l'ACS à envisager l'ouverture de leurs services aux sociétés transnationales basées dans des pays de l'OCDE et ce, non comme une concession ou un sacrifice de leur intérêt national, mais plutôt comme une « condition préalable à l'amélioration de leurs performances économiques à l'échelle nationale ». ²¹ Lorsqu'ils font pression sur leurs propres gouvernements, ces mêmes défenseurs mettent en avant des avantages comparables pour les entreprises américaines et européennes, ainsi que le potentiel de créer davantage d'emplois aux États-Unis et en Europe grâce à l'ACS.

Il s'avère difficile de comprendre globalement comment le fait de garantir aux entreprises américaines et européennes un plus large accès à la fourniture d'un éventail de services, notamment dans les domaines du divertissement, de la vente au détail et des opérations sur les dérivés financiers sur les marchés parallèles, est considéré comme une « condition préalable à l'amélioration des performances économiques à l'échelle nationale » des pays en développement. Par exemple, en quoi le développement s'en trouverait-il amélioré si les membres de l'ACS accédaient à la demande²² de déréglementation de la vente d'alcool et de tabac de Walmart ?



ROGER SCHUEBER

PÉRENNITÉ ET IRRÉVERSIBILITÉ DES ENGAGEMENTS

Parmi leurs exigences majeures, les défenseurs des services souhaitent que tout nouveau service soit intégralement et automatiquement couvert par les engagements de l'ACS en matière d'accès aux marchés et de traitement national. Selon la Coalition of Services Industries, l'ACS devrait veiller à ce que « *tout nouveau service pouvant être commercialisé grâce à l'innovation technologique dans une catégorie couverte puisse être fourni sans devoir reprendre les négociations* ». ²³ L'inclusion d'une clause de « pérennité » permet à l'ACS de venir limiter le droit de réglementer et ce, dans une plus large mesure que l'AGCS. Cette clause, définie comme la « libéralisation quasi automatique de nouveaux services pouvant émerger avec le temps » ²⁴, annihile la capacité des gouvernements à décider s'ils souhaitent stimuler la capacité nationale à développer le service en question, ou confier sa fourniture aux autorités publiques ou à des organisations à but non lucratif. En outre, plutôt que d'être contraints d'accorder les mêmes droits aux entreprises locales et étrangères dans le cadre de la fourniture d'un nouveau service, les gouvernements pourraient souhaiter bannir intégralement certains services, tels que les jeux de pari en ligne.

Ces clauses de statu quo, à effet de cliquet et de pérennité dans l'ACS, ont été ajoutées parallèlement à la suppression de l'article de l'AGCS autorisant les pays à revenir sur leurs engagements. L'Article XXI

de l'AGCS stipule que « *un Membre pourra modifier ou retirer tout engagement figurant sur sa Liste* » s'il parvient à négocier d'autres engagements considérés comme satisfaisants pour les membres de l'OMC. Il est donc paradoxal de constater que tant les États-Unis et la Commission européenne, dont les représentants du commerce œuvrent en faveur d'une suppression de cette clause dans l'ACS, sont en réalité les membres de l'OMC qui ont utilisé dans les faits cette porte ouverte offerte par l'AGCS pour revenir sur leurs engagements.²⁵ Au titre de l'AGCS, les États-Unis avaient pris un engagement involontaire concernant les paris transfrontaliers. Le pays avait ensuite négocié pour revenir sur cet engagement, en invoquant les dispositions de l'Article XXI de l'AGCS prévoyant la modification et le retrait. La Commission européenne est quant à elle revenue sur certains engagements lors de l'élargissement de l'Union européenne.

« L'ACS devrait veiller à ce que « tout nouveau service pouvant être commercialisé grâce à l'innovation technologique dans une catégorie couverte puisse être fourni sans devoir reprendre les négociations »

En vertu de l'ACS, les gouvernements ne seront plus autorisés à retirer leurs engagements et ce, même si ces derniers ont été pris de façon involontaire ou ont eu des retombées négatives imprévues, même si les pays acceptent d'offrir une compensation aux autres parties à l'ACS. Cette approche descendante appliquée aux engagements de traitement national accroît le risque de voir les pays prendre des engagements qu'ils souhaiteront retirer par la suite.



RESTRICTION DU DROIT DE RÉGLEMENTER DES GOUVERNEMENTS

Les entreprises attendent beaucoup de l'ACS en matière de déréglementation. Elles sont convaincues que cet accord favorisera l'abrogation de réglementations et ce, que ces dernières soient discriminatoires ou non à l'égard des entreprises étrangères. Par exemple, la National Retail Federation qui défend les entreprises de détail transnationales, estime que les Vrais bons amis des services doivent :

*« Œuvrer en vue d'alléger les réglementations qui concernent la vente au détail, notamment les restrictions relatives à la taille des magasins et aux horaires d'ouverture, qui, **bien qu'elles ne soient pas nécessairement discriminatoires**, affectent la capacité des grands détaillants à garantir l'efficacité de leur exploitation... [gras ajouté par l'auteur] »²⁶*

Il s'avère difficile de comprendre le lien entre le commerce et cette volonté de déréglementation exprimée par l'industrie. Même si les réglementations sur les heures d'ouverture et la taille des magasins s'appliquent de la même façon aux magasins de détail locaux comme transnationaux, les entreprises de détail opérant à l'échelle internationale souhaitent simplement les alléger parce qu'elles n'apprécient pas la façon dont elles sont concernées par ces règles.

Selon Walmart, l'ACS devrait interdire les restrictions non seulement quant à la taille et aux heures d'ouverture des magasins, mais également concernant leur « emplacement géographique » – une attaque directe envers l'autorité de tous les gouvernements locaux en matière de zonage.²⁷ L'intérêt public dans les quartiers piétonniers, la réduction du bruit et des impacts négatifs sur les travailleurs/euses dus aux longues heures de travail, la préservation du patrimoine, parmi d'autres considérations, pourraient finir par être sacrifiés par les Vrais bons amis au profit des intérêts commerciaux de Walmart.

Comment l'ACS pourrait-il atteindre ces objectifs de déréglementation pour les défenseurs des services transnationaux ? Les obligations actuelles imposées par l'AGCS au regard du traitement national et de l'accès aux marchés, intégrées à l'ACS²⁸, n'offrent aucun véritable argument juridique permettant de contester certaines réglementations, telles que le zonage. Cependant, de nouveaux arguments de contestation sont en cours de négociation et ce, tant dans le cadre des discussions sur l'ACS que sur l'AGCS. La structure de l'ACS visant à contraindre les pays à prendre le plus d'engagements possible pourrait s'accompagner d'une déréglementation radicale influencée par les volontés des défenseurs des entreprises. Les engagements envers le traitement national et l'accès aux marchés pourraient précipiter l'imposition d'un nouvel ensemble de contraintes sur le droit de réglementer.

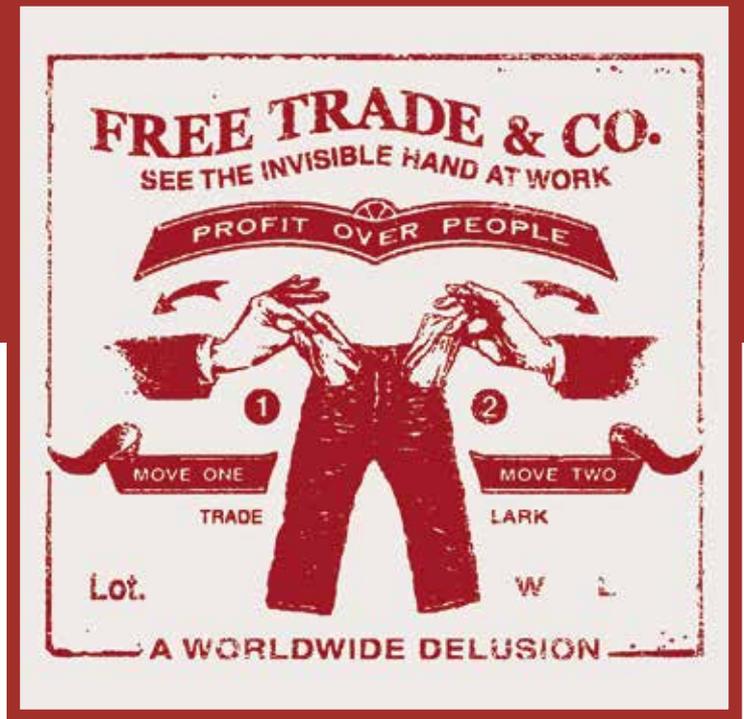
L'imposition de nouvelles restrictions contraignantes au regard d'une réglementation intérieure non discriminatoire constitue un aspect controversé des négociations sur l'AGCS. Les délégations de l'OMC ne font preuve d'aucune diplomatie dans le débat houleux sur le niveau de rigidité de ces disciplines.²⁹ Cependant, toutes les propositions viendront inexorablement restreindre le droit de réglementer.³⁰

Les négociateurs de l'ACS ont également accepté d'inclure « *des discussions sur de nouvelles disciplines renforcées en matière de réglementation intérieure des services, devant faire partie de tout futur accord* »³¹ et les entreprises mettent tout en œuvre pour que les disciplines en matière de réglementation intérieure de l'ACS reposent sur les formulations les plus extrêmes proposées lors des négociations sur l'AGCS. En outre, si l'ACS est, comme prévu³², intégré au cadre de l'OMC, les disciplines en matière de réglementation intérieure négociées dans le cadre de l'AGCS pourraient s'appliquer à l'ensemble des engagements de large portée concernant l'accès aux marchés et le traitement national, pris en vertu de l'ACS. Les ébauches de disciplines en matière de réglementation intérieure de l'AGCS stipulent :

*« Ces disciplines s'appliquent aux mesures prises par les Membres et relatives aux prescriptions et procédures en matière de licences, aux prescriptions et procédures en matière de qualifications et aux normes techniques affectant la fourniture des services **en cas d'engagement spécifique** [gras ajouté par l'auteur]. »*³³

L'ampleur des réglementations affectées pourrait être considérable. Selon Michael Punke, Ambassadeur américain auprès de l'OMC, la norme pour les engagements en vertu de l'ACS constitue « le plus grand dénominateur commun » entre tous les engagements pris dans le cadre de tout autre accord par tout membre du groupe des Vrais bons amis des services.³⁴ En se penchant simplement sur certains engagements de l'AGCS, et sans même parler des accords bilatéraux « AGCS-plus » contractés, cette norme signifie probablement qu'une déréglementation devra être opérée par les Vrais bons amis des services dans des secteurs de services extrêmement sensibles. Par exemple, s'ils s'accordent pour respecter les engagements de l'AGCS pris par toute partie aux négociations sur l'ACS, les Vrais bons amis devront y intégrer l'éducation primaire et secondaire, comme l'a fait le Panama³⁵, les services hospitaliers et médicaux, comme l'a fait la Turquie³⁶, l'ensemble des services de construction, dont la construction des écoles, des hôpitaux et des autoroutes, comme à Taïwan³⁷, ainsi que tous les services liés à l'industrie du film, de la radio, de la télévision, du théâtre, des bibliothèques et des musées, comme aux États-Unis.

IMPOSER LA DÉRÉGLEMENTATION



CHRISTOPHER DOMBRES

Pourquoi les accords commerciaux s'étendent-ils désormais à des domaines qui n'entretiennent pourtant aucun lien avec le commerce, tels que la déréglementation non discriminatoire ? De nos jours, les accords commerciaux et d'investissement ne visent plus tant à éliminer les droits de douanes qu'à restreindre les politiques que les gouvernements ont le droit de mettre en place au sein de leurs propres frontières. Lorsqu'il explique pourquoi l'ACS n'est pas « *l'agenda commercial de votre père* », Jonathan Kallmer, qui occupait jusqu'à peu le poste de haut représentant américain au commerce, soutient que « *le fardeau des écarts de réglementation, les mesures de localisation forcée, le contrôle et l'influence des gouvernements, ainsi que les restrictions en matière de flux de données transfrontières* » figurent désormais parmi les préoccupations majeures des entreprises transnationales. Jonathan Kallmer précise que c'est la raison pour laquelle « *les pays participant aux négociations sur l'ACS vont se concentrer essentiellement sur les questions relatives à la réglementation.* »³⁸

« De nos jours, les accords commerciaux et d'investissement ne visent plus tant à éliminer les droits de douanes qu'à restreindre les politiques que les gouvernements ont le droit de mettre en place au sein de leurs propres frontières »

Dans la mesure où tant l'AGCS que l'ACS définissent l'établissement d'entreprises de services à l'étranger comme une forme de « commerce », la réglementation imposée par les gouvernements aux sociétés qui lancent des activités dans leur pays se mue en une véritable préoccupation commerciale. Les négociateurs commerciaux disposent de toute la latitude souhaitée pour négocier une déréglementation dans des secteurs complexes qui dépassent peut-être leur cadre d'expertise. Selon les défenseurs de l'ACS, tant les entreprises étrangères que nationales tireront profit des changements imposés par les accords sur le commerce des services sur le plan réglementaire.³⁹

La formulation finale des disciplines pourrait conduire les organes de l'OMC à considérer que les réglementations constituent des violations à l'AGCS, parce qu'elles représentent des « obstacles non nécessaires » ; qu'elles sont « trop rigoureuses » pour les entreprises ; qu'elles ne sont pas « pertinentes », ni « objectives » ; qu'elles ont été rédigées sans offrir aux sociétés étrangères des opportunités suffisantes de contribuer ; ou pour toute une série d'autres raisons contenues dans les ébauches des textes relatifs aux disciplines.⁴⁰ Étant donné que les nouvelles disciplines réglementaires viendront fortement amplifier, et de façon imprévisible, l'impact des engagements contractés au titre de l'AGCS, certains gouvernements ont dès lors décidé de limiter les engagements en matière de libéralisation qu'ils seraient prêts à prendre. Le Brésil a déclaré « *qu'il existe un lien incontestable entre le niveau de confort en matière de réglementation intérieure dont jouiraient les autorités, et les offres qu'elles seraient prêtes à – et capables de – mettre sur la table des négociations sur l'accès aux marchés* ». ⁴¹

« Les négociateurs commerciaux disposent de toute la latitude souhaitée pour négocier une déréglementation dans des secteurs complexes qui dépassent peut-être leur cadre d'expertise »

Les catégories de réglementation qui seront couvertes par les disciplines de l'AGCS sont définies de façon tellement vaste qu'elles pourraient pour ainsi dire inclure n'importe quelle réglementation, dans la mesure où elles englobent tout ce qui est « lié » aux licences, aux qualifications et aux normes. Afin de bien comprendre les enjeux, il s'avère utile de consulter un rapport publié par l'OMC, énumérant une série de réglementations potentiellement incompatibles avec les disciplines. Parmi ces exemples de violations éventuelles, soulignons les normes relatives aux licences et aux qualifications qui diffèrent entre les provinces et les entités sous-fédérales, les normes en matière linguistique considérées comme étant « non pertinentes » ou « onéreuses », les plafonds sur le coût des services, les restrictions en matière de zonage et d'heures d'ouverture, les droits de licence « coûteux », ou encore les normes relatives à la sécurité et à l'environnement jugées « déraisonnables ». ⁴²

Existe-t-il un seul pays qui ne dispose d'aucune réglementation de ce type pouvant être remise en cause pour violation des disciplines ? Cela s'avérera d'autant plus difficile si les pays engagent de nouveaux et vastes secteurs de services – ce qu'ils sont fortement encouragés à faire dans le cadre des négociations sur l'ACS – entraînant la mise en œuvre des disciplines.

QUI DÉCIDE SI VOS LOIS SONT « NON NÉCESSAIRES » OU « DÉRAISONNABLES » ?



Les propositions actuellement sur la table des négociations sur l'AGCS fourniraient un ensemble d'arguments permettant de remettre en cause les réglementations intérieures, notamment si ces dernières sont qualifiées de « non nécessaires » ou de « déraisonnables ». Si le critère de la nécessité est adopté, les groupes spéciaux de règlement des différends de l'OMC deviendraient seuls maîtres pour déterminer si les réglementations gouvernementales portant sur certains services, tels que l'approvisionnement en eau, l'éducation, la santé et les services culturels, sont réellement nécessaires à la réalisation des objectifs gouvernementaux. Le groupe des Vrais bons amis comprend à la fois certains des plus âpres défenseurs du critère de la nécessité – notamment l'Australie et la Suisse – et les principaux opposants à ce mécanisme – tels que les États-Unis et le Canada.

Malgré la polémique suscitée autour du critère de la nécessité lors des négociations sur l'AGCS, les partisans de l'introduction de ce mécanisme considèrent l'ACS comme une nouvelle opportunité de le faire adopter.⁴³ Les pays qui ont le plus fermement défendu l'intégration du critère de la nécessité aux disciplines de l'AGCS – le Chili, Hong Kong, la Nouvelle-Zélande, le Mexique et la Suisse – ont présenté des documents sur la réglementation intérieure dans le cadre des négociations sur l'ACS.⁴⁴

L'application d'un critère de la nécessité aux réglementations figure parmi les revendications majeures des défenseurs des entreprises. Ainsi, la Fédération mondiale des associations d'assurance (Global Federation of Insurance Associations) a déclaré que l'ACS doit exiger que les obligations de service universel « *ne soient pas plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire pour le type de service universel défini par le Membre* ». ⁴⁵

« Les groupes spéciaux de règlement des différends de l'OMC deviendront seuls maîtres pour déterminer si les réglementations gouvernementales portant sur certains services, tels que l'approvisionnement en eau, l'éducation, la santé et les services culturels, sont réellement nécessaires »

Les obligations de service universel sont des réglementations qui garantissent l'accès aux services pour les populations défavorisées et difficiles à atteindre, notamment les habitants des régions rurales. L'introduction du critère de la nécessité dans l'ACS ou l'AGCS pourrait permettre de contester sur le plan commercial les réglementations sur l'accès universel aux services, si des alternatives moins rigoureuses pour les entreprises existent.

Afin d'évaluer la nécessité d'une réglementation sur le service universel, les groupes spéciaux de règlement des différends jugeront si l'objectif gouvernemental visant à permettre l'accès universel à un service est suffisamment important pour justifier l'ampleur de son impact sur le commerce. Ils mesureront également l'efficacité des réglementations en termes de réalisation de l'accès universel. Par ailleurs, ils détermineront s'il existait des alternatives moins contraignantes pour les entreprises, que les gouvernements auraient raisonnablement pu mettre en place. ⁴⁶ Les réglementations gouvernementales pourront échouer au critère de la nécessité pour chacune de ces raisons.

Quelles seraient les conséquences de l'application du critère de la nécessité aux obligations de service universel en matière de soins de santé ? Si les pays membres du groupe des Vrais bons amis s'accordent sur le plus grand dénominateur commun en matière de libéralisation, comme ils sont encouragés à le faire, ils devront prendre des engagements dans le domaine des services d'assurances maladie, de façon similaire aux engagements pris par les États-Unis au titre de l'AGCS. La loi sur les soins abordables (Affordable Care Act) de l'Administration Obama ⁴⁷ constitue un exemple de réglementation qui pourrait échouer au critère de la nécessité défendu par la Fédération mondiale des associations d'assurance. Certaines normes adoptées dans le cadre de la loi sur les soins abordables exigent que les programmes de soins de santé pour les particuliers et les petits groupes incluent les « soins de santé de base », tels que les soins pour les femmes enceintes et les nouveau-nés, des groupes de patients généralement coûteux. ⁴⁸ Cette loi interdit par ailleurs aux compagnies d'assurance de refuser l'accès à la couverture sur base de l'état de santé préexistant. ⁴⁹

Même si les groupes spéciaux de règlement des différends pourraient considérer que les objectifs poursuivis par le gouvernement américain en étendant la couverture maladie aux personnes non assurées sont essentiels, les dispositions de la loi sur les soins abordables pourraient également être jugées trop contraignantes pour les entreprises au vu des alternatives que les États-Unis avaient à leur disposition. Certains groupes, tels que la Heritage Foundation, ont souligné l'existence d'alternatives plus favorables au marché. La Heritage Foundation a ainsi proposé d'octroyer des crédits d'impôt

forfaitaires aux particuliers pour leur permettre de souscrire à une assurance santé sur le marché libre.⁵⁰ Si l'ACS impose un critère de la nécessité sur les réglementations non discriminatoires, comme le prône le secteur des assurances, les groupes spéciaux chargés d'examiner des questions commerciales pourront alors décider quelles options les pays sont autorisés à adopter dans des domaines cruciaux, tels que les soins de santé.

Si leurs réglementations font l'objet d'un recours sur le plan commercial, les pays en développement ne peuvent espérer obtenir de meilleurs résultats que leurs homologues membres de l'OCDE. En théorie, les groupes spéciaux de règlement des différends de l'OMC sont supposés tenir compte des enjeux propres aux pays en développement. Cependant, dans la pratique, ces organes ont toujours soutenu que les réglementations des pays en développement doivent s'aligner sur les engagements pris dans le cadre des accords commerciaux.

« La loi sur les soins abordables (Affordable Care Act)
de l'Administration Obama constitue un exemple de
réglementation qui pourrait échouer au critère de la nécessité
défendu par la Fédération mondiale des associations
d'assurance »

Ainsi, lorsque les États-Unis ont introduit un recours juridique contre des réglementations en matière de télécommunications sur la base des disciplines réglementaires de l'AGCS, le Mexique a demandé au groupe spécial de prendre en compte sa volonté, en tant que nation en développement, de promouvoir l'accès universel aux services de télécommunications et d'améliorer ses réseaux.⁵¹ L'OMC s'est pourtant prononcée contre le Mexique, en soulignant que « contrairement à la position prise par le Mexique, l'état général du secteur des télécommunications » et « *la couverture et la qualité du réseau* » n'étaient pas pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer si les réglementations établissant les taxes d'interconnexion sont raisonnables.⁵² Le groupe spécial a conclu que les réglementations du Mexique sur les télécommunications n'étaient ni « *raisonnables* », ni « *nécessaires* ». ⁵³

Lorsque les groupes spéciaux chargés d'examiner des questions commerciales tirent ce genre de conclusions, les représentants du commerce peuvent s'étonner que les réglementations de leur propre pays aient été édictées en violation des accords commerciaux qu'ils ont eux-mêmes contribué à créer et à élargir. Par exemple, le Bureau des représentants américains au commerce a qualifié de « *choquant et troublant* » l'arrêt du groupe spécial de l'OMC sur l'interdiction des services de jeux et paris transfrontières aux États-Unis.⁵⁴

Toutefois, lorsque les intérêts offensifs des exportateurs constituent la préoccupation majeure des représentants du commerce et que les inquiétudes des citoyen(ne)s sont ignorées, les conditions sont alors réunies pour assister à des recours imprévus sur le plan commercial. Lors de son intervention en 2012 à une conférence sur l'ACS organisée par les groupes de pression des services transnationaux, Ron Kirk, à l'époque représentant américain au commerce, a même encouragé les entreprises à aider les gouvernements à « *combattre les groupes qui s'opposent au commerce* ». ⁵⁵ L'utilisation abusive de la part de Kirk du terme « commerce » traduit l'allégation selon laquelle ces accords traitent uniquement du commerce et, parallèlement, dénature les critiques.

DISCIPLINES SECTORIELLES



LAWRENCE OP

Selon la Commission européenne, les négociateurs de l'ACS développeront une série de disciplines réglementaires pour des secteurs spécifiques, notamment les services postaux et financiers.⁵⁶

Au vu des revendications des défenseurs des services, les services postaux et de courrier pourraient faire l'objet de changements considérables. L'Express Association of America, qui représente des géants transnationaux tels que UPS ou encore FedEx,⁵⁷ espère que l'ACS :

- éliminera les réglementations qui favorisent les services postaux publics ;
- supprimera les normes en matière de licence pour les prestataires de services de livraison express ; et
- proscrira les normes obligeant les prestataires de services de livraison express à contribuer aux fonds affectés au service universel.

Ce groupe de pression souligne que l'ACS « offre l'opportunité de revoir les politiques postales des partenaires impliqués dans les négociations... ». Cependant, étant donné le caractère hautement secret des négociations et la structure coercitive des négociations, l'ACS ne constitue pas un forum approprié pour la révision des politiques postales nationales. Des changements d'une ampleur comparable à ceux prônés par les défenseurs de la livraison express transnationale doivent être discutés au sein des organes législatifs plutôt que décidés à huis clos dans le cadre des négociations sur l'ACS.

En ce qui concerne les services financiers, l'ébauche secrètement divulguée de l'Annexe de l'ACS sur les services financiers⁵⁸ révèle l'adhésion globale aux dispositions du Mémoire d'accord sur les engagements relatifs aux services financiers⁵⁹, un accord de l'OMC signé par certains membres qui élargit les règles et les engagements en matière de libéralisation des services financiers. Parmi les dispositions sur la déréglementation contenues dans ce Mémoire, soulignons notamment l'interdiction de limiter la capacité des fournisseurs étrangers de services financiers à offrir tout nouveau service financier, une clause de statu quo limitant les politiques non conformes aux politiques existantes, ou encore l'obligation imposée aux membres de l'accord de s'efforcer de limiter ou d'éliminer toute mesure qui, bien que non discriminatoire, « porte préjudice à la capacité des fournisseurs de services financiers de tout autre Membre d'opérer, de participer à la concurrence sur le marché du Membre ou d'y accéder ».

Si le Canada a poussé tous les Vrais bon amis des services à adopter le Mémoire d'accord de 1994 sur les engagements relatifs aux services financiers⁶⁰, il ne doit toutefois pas être considéré comme

un défenseur crédible de la libéralisation des services financiers. En effet, sa propre expérience lors de la crise financière plaide contre la libéralisation. Le Canada dispose d'une réglementation, appelée « la règle de participation multiple », qui le préserve des impacts du Mémorandum d'accord sur les engagements relatifs aux services financiers. Cette règle, qui constitue une limitation des engagements relatifs aux services financiers pris par le Canada au titre de l'AGCS⁶¹, vise à empêcher l'entrée de concurrents sérieux à l'égard de ses banques nationales, en interdisant la concentration des actifs bancaires dans les mains d'une minorité. Elle a été qualifiée de « pilule empoisonnée » réglementaire qui empêche véritablement les banques étrangères d'accéder au marché canadien, puisqu'il leur est interdit de racheter une banque nationale et de reprendre son réseau national de filiales.

Dans un document expliquant les raisons qui ont permis au Canada de sortir pratiquement indemne de la crise financière de 2008, les analystes du FMI attribuent la stabilité relative du pays pendant la crise à ces obstacles à l'entrée. Le document du FMI stipulait que « *la limitation de la concurrence externe réduit les pressions relatives à la défense ou à l'élargissement des parts de marché, ce qui diminue à son tour les incitations à prendre des risques* ». ⁶² Toutefois, des conclusions de ce type se heurtent au milieu des affaires et ne sont pas discutées. Le Canada peut dès lors continuer à défendre la libéralisation financière auprès des autres participants aux négociations sur l'ACS, tout en maintenant son propre secteur bancaire fermé.

L'ébauche d'Annexe de l'ACS sur les services financiers va bien plus loin que le Mémorandum d'accord sur les services financiers. Les États-Unis ont proposé l'ajout de normes très contraignantes en matière de « transparence » au sein des réglementations financières. En vertu de ces clauses, les gouvernements seront non seulement contraints de publier leurs réglementations financières, mais également de notifier au préalable toute proposition de réglementation financière aux participants à l'ACS et aux intérêts privés, qui auront le droit d'émettre des commentaires. Les gouvernements devront alors répondre par écrit aux commentaires formulés. De telles clauses profiteraient principalement aux entreprises financières transnationales américaines qui jouissent d'une plus grande capacité à profiter des opportunités d'intervention que les banques des pays en développement. Une autre proposition américaine imposerait aux participants à l'ACS un délai de 120 jours pour approuver les demandes de prestations de services financiers. Les pays en développement, notamment, seraient potentiellement incapables de respecter ce délai, à moins d'effectuer une révision superficielle de ces demandes.

Outre les services financiers et postaux, il semblerait que les négociateurs de l'ACS travaillent également sur les disciplines relatives aux télécommunications, au commerce électronique, aux transports maritime, aérien et routier, aux services professionnels, ainsi qu'aux services liés à l'énergie. Selon Scott Sinclair et Hadrian Mertins-Kirkwood, « *l'ACS est explicitement conçu comme un 'accord évolutif' qui permettra aux négociateurs commerciaux de développer, à l'avenir, de nouveaux modèles réglementaires pour couvrir d'autres secteurs.* » ⁶³

« De telles clauses profiteraient principalement aux entreprises financières transnationales américaines »

IMPACT POTENTIEL SUR LA CONFIDENTIALITÉ DES DONNÉES



KOE B

Les différentes dispositions de l'ACS – clause de statu quo, clause à effet de cliquet, clause de pérennité, liste négative pour le principe de traitement national, ou encore suppression de la possibilité de se délier de certains engagements – satisferont aux attentes des sociétés de services transnationales, qui auront ainsi la certitude que des réglementations susceptibles de diminuer leurs profits ne pourront jamais être adoptées. Cependant, les obstacles engendrés par ces dispositions pour les réglementations visant à garantir la confidentialité des données, illustrent pourquoi elles ne visent pas l'intérêt public.

Parmi les éléments majeurs de la position des États-Unis à la table des négociations sur l'ACS – considéré comme une priorité clé par la Chambre de Commerce américaine⁶⁴ –, on retiendra la volonté de limiter les initiatives visant à « localiser » le stockage des données, ainsi qu'à restreindre le flux et le traitement de données transfrontalières. En effet, les entreprises de technologies basées sur le cloud sont principalement implantées aux États-Unis et le secteur des technologies de l'information et de la communication est majoritairement dominé par des sociétés américaines.

« Les sociétés de services transnationales veulent avoir la certitude que des réglementations susceptibles de diminuer leurs profits ne pourront jamais être adoptées »

Les défenseurs des entreprises financières et de courtage américaines souhaitent que l'ACS impose un « critère de la nécessité » aux réglementations relatives à la confidentialité des données : « *Cet accord devrait inclure un engagement stipulant que, lorsqu'une loi, une politique ou une pratique émanant d'une autorité vise à restreindre les transferts ou le traitement de données transfrontalières, l'autorité concernée devrait être obligée de démontrer que ladite restriction ne constitue pas une restriction inutile vis-à-vis des échanges commerciaux ou des investissements, par rapport à d'autres options permettant de protéger l'identité du client, la sécurité des données ou le contrôle prudentiel.* »⁶⁵ Une telle disposition au sein de l'ACS contraindrait les gouvernements à élaborer des réglementations en matière de confidentialité des données favorables à l'industrie.

Les entreprises américaines opérant dans le domaine des assurances, des logiciels informatiques ou encore des cartes de crédit, se plaignent fortement des exigences des gouvernements étrangers pour que leurs données soient stockées au sein même de leur pays. Leurs défenseurs prétendent que les

exigences de stockage local « *imposent des coûts et un fardeau administratif supplémentaires aux compagnies d'assurance et viennent interférer dans les opérations d'externalisation des données, les opérations administratives hors ligne, ou encore le recours à l'informatique en nuage. Elles ne servent aucun objectif prudentiel qu'il serait impossible d'atteindre en appliquant des mesures moins lourdes.* »⁶⁶

Cependant, de nombreux pays se sont inquiétés des mesures inadéquates en matière de protection des données aux États-Unis. Après les révélations de Snowden sur l'accès de la NSA aux données personnelles dans un grand nombre de domaines, ainsi que l'espionnage des communications personnelles de la Présidente brésilienne, le gouvernement brésilien envisage de contraindre Google et Facebook à créer des centres de stockage de données au Brésil.⁶⁷

Certaines provinces canadiennes exigent que les dossiers médicaux électroniques soient conservés au sein de leur juridiction. Les directives sur ces exigences de confidentialité des données à l'échelle provinciale révèlent que, si des entreprises américaines sont engagées pour gérer les dossiers médicaux électroniques, ces sociétés pourraient être obligées, en vertu de la loi américaine Patriot Act, de divulguer des informations confidentielles. Les clauses intégrées aux contrats de sociétés informatiques, interdisant la divulgation des informations relatives aux dossiers médicaux privés, ou exigeant une notification lorsqu'une agence du gouvernement américain demande une telle information, sont supplantées par le Patriot Act.⁶⁸

Avec la clause de statu quo de l'ACS, toutes les exigences de stockage local non mises en œuvre au moment de la signature de l'accord, constitueraient une violation de l'ACS et ce, que le pays en question ait ou non pris un engagement dans le domaine de la gestion transfrontalière des données médicales. En vertu de la clause à effet de cliquet de l'ACS, si un gouvernement venait à assouplir une réglementation en matière de confidentialité des données, son successeur ne pourrait pas décider de faire marche arrière. La mise en place d'une législation, dans un autre pays partie à l'ACS, mettant en danger la confidentialité des données, telle que l'entrée en vigueur du Patriot Act aux États-Unis, ne pourrait pas être renversée par un retrait ou une modification des engagements de l'ACS. Les exceptions relatives à la protection des données pouvant être incluses dans l'accord, pourraient faire l'objet d'un critère de la nécessité, en vertu duquel les gouvernements peuvent être contraints par des groupes spéciaux de règlement des différends d'adopter des approches « moins lourdes » que leurs exigences de stockage des données local.

« Les défenseurs des entreprises financières et de courtage américaines souhaitent que l'ACS contienne une disposition contraignant les gouvernements à élaborer des réglementations en matière de confidentialité des données favorables à l'industrie »

CONCLUSION



DREW MAUGHAN

Le sommet sur l'ACS, organisé en 2012 par la Coalition of Services Industries, jette la lumière sur le côté obscur de cet accord. Les ministres du Commerce ont collaboré avec un groupe de travail modéré par un responsable de FedEx, soutenant toutes les dispositions de l'ACS souhaitées par les défenseurs des entreprises – ses clauses de statu quo et à effet de cliquet, la libéralisation reposant sur les accords de libre-échange de la plus vaste envergure qui soit, ainsi qu'une conclusion rapide des négociations. L'ambassadeur de Nouvelle-Zélande a même remercié les entreprises américaines pour leurs efforts dans l'avancement des négociations. L'ambassadeur américain a quant à lui déclaré que le consensus entre les négociateurs présents lors de cette conférence des défenseurs des entreprises était tel qu'ils auraient presque dû se diriger vers le bar et signer directement l'accord.⁶⁹

Fernando De Mateo, ambassadeur du Mexique, a conclu par ces mots :

« *Le véritable combat, nous devons le mener dans nos propres capitales, et non à Genève, car si nous souhaitons avancer rapidement, nous devons avant tout convaincre nos organismes de réglementation. Et le monde des affaires peut nous aider à les approcher.* »

En effet, les représentants du commerce appellent les entreprises à faire pression pour que les organismes de réglementation ne soulèvent pas leurs préoccupations quant à l'impact de l'ACS sur l'intérêt public.

L'ACS marque un pas considérable vers la réalisation de l'objectif fortement politisé de la Coalition of Services Industries visant à parvenir à ce que des principes de libre marché « *viennent régir les investissements dans les services à l'échelle transnationale, ainsi que la fourniture de ces services* ». Les gouvernements appelés à rejoindre le groupe des Vrais bons amis des services en signant l'ACS doivent se demander s'ils sont prêts à cautionner un tel niveau de gouvernance par les entreprises.

« Les gouvernements appelés à rejoindre le groupe des Vrais bons amis des services en signant l'ACS doivent se demander s'ils sont prêts à cautionner un tel niveau de gouvernance par les entreprises »

NOTES

1. Australia, Canada, Chile, Chinese Taipei (Taiwan), Colombia, Costa Rica, European Union, Hong Kong, Iceland, Israel, Japan, Liechtenstein, Mexico, New Zealand, Norway, Pakistan, Panama, Paraguay, Peru, South Korea, Switzerland, Turkey, and the United States make up the Really Good Friends of Services.
2. C'est dans les années 1990 que le groupe des « Amis des services » a été créé par les pays industrialisés du G20, afin de promouvoir la libéralisation des services par le biais de l'OMC. Dans le document transmis au Congrès mondial des services de 1999 et intitulé « Inter-State Bargaining Coalitions in Services Negotiations: Interests of Developing Countries » (Coalitions intergouvernementales en vue de la négociation des services : les intérêts des pays en développement), Amrita Narlika se penche sur la mise en place de ce groupe de pression. Les groupes des « Amis des ... » ont été créés dans le contexte des négociations de l'AGCS visant à soutenir la libéralisation dans certains secteurs spécifiques.
3. Hufbauer, G; Jensen, B.; Stephenson, S. "Framework for the International Services Agreement", Peterson Institute for International Economics, Policy Brief Brief Number pb 12 - 10, p. 16.
4. Testimony, Coalition of Services Industries, 12 March 2013, response to USTR "Request For Comments On An International Services Agreement" Docket Number: USTR-2013-0001. Online at: <http://www.regulations.gov/#!documentDetail;D=USTR-2013-0001-0043>.
5. Testimony, Walmart, "Walmart ISA Comments 2013", response to USTR "Request For Comments On An International Services Agreement" Docket Number: USTR-2013-0001. Online at: <http://www.regulations.gov/#!documentDetail;D=USTR-2013-0001-0028>
6. Même si les négociations ne débouchent pas sur un accord, tous les documents liés aux négociations seront tenus secrets pendant cinq ans. Le document « TISA Financial Services Annex » – qui a fait l'objet de fuites – révèle que le gouvernement américain ne rendra pas ce document public avant : « cinq années à dater de l'entrée en vigueur de l'ACS ou, si aucun accord n'est trouvé, cinq années après la clôture des négociations ». À consulter en ligne à l'adresse suivante : <https://wikileaks.org/tisa-financial/WikiLeaks-secret-tisa-financial-annex.pdf>
7. Sinclair, S. ; Mertins-Kirkwood, H. « L'ACS contre les services publics », CCPA, avril 2014. À consulter en ligne à l'adresse suivante : <http://www.world-psi.org/fr/rapport-special-de-la-psi-lacs-contre-les-services-publics>
8. Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Online at: http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/wto_agree_01_e.htm
9. US Trade Representative Ron Kirk, Remarks to the Coalition of Service Industries 2012 Global Services Summit, 19 September 2012
10. WTO, "United States – Measures Affecting the Cross-border Supply Of Gambling And Betting Services – Report of the Panel", WTO document WT/DS285/R, 10 November 2004. In April 2005, the WTO Appellate Body upheld the panel's decision that US laws prohibiting remote gambling violate its market access commitments.
11. Ibid, para. 3.146
12. Ibid, para 6.316.
13. Conformément à sa législation exigeant la transparence dans les négociations commerciales, le

gouvernement suisse a publié l'ACS initial en ligne, qui suit une approche descendante en matière de traitement national. L'offre peut être consultée à l'adresse suivante : <http://www.seco.admin.ch/themen/00513/00586/04996/index.html?lang=fr>

14. L'ACS peut inclure les mêmes exemptions que l'AGCS au regard des « services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental », mais cette exemption est tellement limitée – elle ne couvre par exemple pas les services publics en cas de concurrence du secteur privé – qu'elle offre une protection incertaine aux services publics.
15. FedEx, response to USTR "Request For Comments On An International Services Agreement" Docket Number: USTR-2013-0001. 21 January, 2013. Online at: <http://www.regulations.gov/#!documentDetail;D=USTR-2013-0001-0007>
16. Testimony, Coalition of Service Industries, 12 March 2013, response to USTR "Request For Comments On An International Services Agreement" Docket Number: USTR-2013-0001. Online at: <http://www.regulations.gov/#!documentDetail;D=USTR-2013-0001-0043>
17. Pruzin, Daniel. "Officials Cite Agreement on Elements For 'Architecture' of Future Services Deal", WTO Reporter, 9 October 2012.
18. Property Casualty Insurers, submission to the USTR, 28 February 2013, response to USTR "Request For Comments On An International Services Agreement" Docket Number: USTR-2013-0001.
19. Pruzin, Daniel. "TISA Round Sees Progress on Proposals, Commitments to Make Market Access Offers", WTO Reporter, 12 November 2013.
20. "Battle looms over liquor monopoly", Norway's News in English, 16 June 2014.
21. Hufbauer, G; Jensen, B.; Stephenson, S. "Framework for the International Services Agreement", Peterson Institute for International Economics, Policy Brief Number pb 12 - 10, p. 22.
22. Sarah Thorn, Senior Director Federal Government Relations. Letter to the Office of the US Trade Representative re International Services Agreement. 26 February 2013. Online at: <http://www.regulations.gov/contentStreamer?objectId=090000648120a748&disposition=attachment&contentType=pdf>
23. Testimony, Coalition of Services Industries, 12 March 2013, response to USTR "Request For Comments On An International Services Agreement" Docket Number: USTR-2013-0001. Online at: <http://www.regulations.gov/#!documentDetail;D=USTR-2013-0001-0043>.
24. Adlung, R. and Mamdouh, H. "How To Design Trade Agreements In Services: Top Down Or Bottom Up?", WTO Staff Working Paper ERSD-2013-08, 18 June 2013.
25. WTO, "Negotiations Under Article XXI Of The General Agreement On Trade In Services", Documents S/Secret/8, S/Secret/9, and S/Secret/10.
26. National Retail Federation. "Comments of the National Retail Federation regarding International Services Agreements: Request for Comments and Notice of Public Hearing", 26 February 2013. Online at: <http://www.regulations.gov/#!documentDetail;D=USTR-2013-0001-0050>.
27. Sarah Thorn, Senior Director Federal Government Relations. Letter to the Office of the US Trade Representative re International Services Agreement. 26 February 2013. Online at: <http://www.regulations.gov/contentStreamer?objectId=090000648120a748&disposition=attachment&contentType=pdf>
28. Pruzin, Daniel. "Australia Reports Agreement on Framework For Talks on Global Services Trade Next Year", WTO Reporter, 7 December 2012. According to Australia's WTO Ambassador, "The text of the main body of the agreement will be based on the GATS. Specific GATS articles, in particular Article I (Scope and Definition), Articles XIV and XIV bis (General and Security Exemptions), Article XVI (Market

- Access), Article XVII (National Treatment), and Article XXVIII (Definitions) are among those proposed for incorporation.”
29. See, for example, what was said at the 23 March 2011 meeting of the GATS Working Party on Domestic WTO Document S/WPDR/M/49. Available online at: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S001.aspx
 30. Stumberg, R. “GATS Negotiations on Domestic Regulation: A Plain Language Guide”, Harrison Institute for Public Law, Georgetown University 19 May 2010. Available online at: http://www.boell.org/downloads/Stumberg_-_Guide_to_GATS_Dom_Reg_5-19-10.pdf
 31. Pruzin, Daniel. “Negotiators Eye Early-December Deal On Framework for Global Services”, WTO Reporter, 13 November 2012.
 32. Même si l’impact de l’ACS en tant qu’accord autonome sera considérable, ses véritables conséquences risquent de n’être connues que si cet accord se « multilatéralise » dans le cadre de l’OMC. La Commission européenne a déclaré que l’ACS se basera sur des concepts identiques à ceux de l’AGCS, de façon à ce qu’il puisse « facilement entrer sous la coupe de l’AGCS ».
 33. WTO, “Negotiations on Trade in Services - Report by the Chairman, Ambassador Fernando de Mateo, to the Trade Negotiations Committee”, Document TN/S/36, 21 April 2011, p. 28.
 34. Devarakonda, Ravi Kanth. “An Assault on Multilateral Trade Negotiations.” Inter Press Service, 17 March 2012. Online at: <http://www.ipsnews.net/2012/03/an-assault-on-multilateral-trade-negotiations>
 35. WTO, “Republic of Panama, Schedule of Specific Commitments”, Document GATS/SC/124, 1 October 1997.
 36. WTO, “Turkey, Schedule of Specific Commitments, Document GATS/SC/88, 15 April 1994.
 37. WTO, “The Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen And Matsu, Schedule of Specific Commitments”, Document GATS/SC/136, 15 February 2002.
 38. “Jonathan S. Kallmer, “Not Your Father’s Trade Agenda: The Evolving Priorities of International Trade and Investment Negotiations”, Global Trade and Customs Journal, Volume 8, Issue 7&8, 2013, pps. 253 and 247.
 39. Hufbauer, G; Jensen, B.; Stephenson, S. “Framework for the International Services Agreement”, Peterson Institute for International Economics, Policy Brief Number pb 12 - 10, p. 2.
 40. Drafts of the disciplines were circulated to WTO members in July 2006, April 2007, January 2008, and March 2009. The most recent draft is appended to: WTO, “Report by the Chairman, Ambassador Fernando de Mateo, to the Trade Negotiations Committee”, 21 April 2011, Document TN/S/36.
 41. WTO, Council for Trade in Services Special Session, “Report Of The Meeting Held On 14 July 2006”, 26 November 2006, Document TN/S/M/22.
 42. WTO, “Examples Of Measures To Be Addressed By Disciplines Under Gats Article VI.4 – Informal Note of the Secretariat”, 12 July 2002. Document JOB(01)/62/Rev.2.
 43. Hufbauer, G; Jensen, B.; Stephenson, S. “Framework for the International Services Agreement”, Peterson Institute for International Economics, Policy Brief Brief Number pb 12 - 10, p. 39.
 44. Pruzin, Daniel. “Participants to Consider Incorporating WTO Financial Services Elements in TISA” WTO Reporter, 21 June 2013.
 45. Global Federation of Insurance Associations, “GFIA position paper on the Trade in Services Agreement (TISA)”, 28 November 2013.
 46. Dans l’affaire souvent citée du bœuf coréen, l’Organe d’appel de l’OMC a déclaré qu’il « faut dans chaque cas sopeser et mettre en balance une série de facteurs parmi lesquels figurent au

premier plan le rôle joué par la mesure d'application dans le respect de la loi ou du règlement en question, l'importance de l'intérêt commun ou des valeurs communes qui sont protégés par cette loi ou ce règlement et l'incidence concomitante de la loi ou du règlement sur les importations ou les exportations ». OMC, « Corée – Mesures affectant les importations de viande de bœuf fraîche, réfrigérée et congelée – Rapport de l'Organe d'appel », 11 décembre 2000. Document WT/DS161/AB/R.

47. The Affordable Care Act, U.S. Department of Health and Social Services. Online at: <http://www.hhs.gov/healthcare/rights/law/index.html>
48. "Essential Health Benefits", Glossary, Affordable Care Act. Online at: <https://www.healthcare.gov/glossary/essential-health-benefits>
49. "Coverage for Pre-existing Conditions", Protections, Affordable Care Act. Online at: <https://www.healthcare.gov/how-does-the-health-care-law-protect-me/#part=3>
50. Heritage Foundation, "After Repeal of Obamacare: Moving to Patient-Centered, Market-Based Health Care", 31 October 2013.
51. WTO, "Mexico – Measures Affecting Telecommunications Services – Report of the Panel", Document WT/DS204/R, 2 April 2004, para. 7.164.
52. *ibid*, para. 7.183
53. *ibid*, para. 7.388
54. BBC News, "WTO rules against US gambling ban", 11 November 2004. Online at: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/4001793.stm>
55. Global Services Summit – Washington, D.C., September 19, 2012. Panel Discussion "Cross Border Trade in the Digital Economy", Moderated by Mike Drucker, President – International of FedEx.
56. European Commission. "Negotiations for a Plurilateral Agreement on Trade in services", Memo 13/107, 15 February 2013.
57. Express Association of America. "Comments on ISA", 25 February 2013. Online at: <http://www.regulations.gov/contentStreamer?objectId=0900006481209106&disposition=attachment&contentType=pdf>
58. TISA, Financial Services Annex, Online at: <https://wikileaks.org/tisa-financial/WikiLeaks-secret-tisa-financial-annex.pdf>
59. BNA Reporter, "Participants to Consider Incorporating WTO Financial Services Elements in TISA Deal", 21 June 2013.
60. BNA Reporter, "Participants to Consider Incorporating WTO Financial Services Elements in TISA Deal", 21 June 2013.
61. WTO, "Revision of the Canadian Schedule of Commitments for GATS - Financial Services", WTO document GATS/SC/16/Suppl.4/Rev.1, 6 June 2000.
62. Lev Ratnovski and Rocco Huang, "Why Are Canadian Banks More Resilient?", IMF Working Paper WP/09/152, July 2009.
63. Sinclair, S.; Mertins-Kirkwood, H. "TISA vs Public Services", Public Services International, April 2014. p.
64. U.S. Chamber of Commerce. "The International Services Agreement (ISA): A Golden Opportunity for American Growth and Jobs", statement to the Office of the U.S. Trade Representative, 12 March 2013. Online at: <http://www.regulations.gov/contentStreamer?objectId=090000648120a1b5&disposition=attachment&contentType=pdf>
65. Securities Industry and Financial Markets Association. "Written Submission on behalf of the

- Securities Industry and Financial Markets Association United States Trade Representative's Intention to Enter into Negotiations for an International Services Agreement (ISA)", 1 March 2013, Online at: <http://www.regulations.gov/#!documentDetail;D=USTR-2013-0001-0032>.
66. American Insurance Association. "Comments of the American Insurance Association on an International Services Agreement", 28 February 2013. Online at: <http://www.regulations.gov/contentStreamer?objectId=09000064812098be&disposition=attachment&contentType=pdf>
67. Chicago Tribune, "Brazil's anti-spy Internet bill clears lower house vote", 25 March 2014.
68. Canada's Health Informatics Association, "Putting It into Practice: Privacy And Security For Healthcare Providers Implementing Electronic Medical Records", 2013 Guidelines for the Protection of Health Information.
69. Global Services Summit – Washington, D.C., Panel Discussions "Cross Border Trade in the Digital Economy", 19 September 2012. Online at: <https://servicescoalition.org/images/files/2012%20GSS/Plenary%201%20New%20Agenda%20for%20Services%20Liberalization.pdf> and <https://servicescoalition.org/images/files/2012%20GSS/Plenary%20Session%202%20Services%20Liberalization%20Avenues%20for%20Progress.pdf>

INTERNATIONALE DES SERVICES PUBLICS
45, AVENUE VOLTAIRE
01210 FERNEY-VOLTAIRE • FRANCE

WWW.WORLD-PSI.ORG
psi@world-psi.org

INTERNATIONALE DES SERVICES PUBLICS

